

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA

CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS

DEPARTAMENTO DE DIREITO

**A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR ATOS OMISSIVOS DA
ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA**

Ísis Cavalcante D'Ambrosio

Florianópolis

2009

Ísis Cavalcante D'Ambrosio

**A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR ATOS OMISSIVOS DA
ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA**

**Monografia submetida ao Curso de
Graduação em Direito do Centro de
Ciências Jurídicas da Universidade Federal
de Santa Catarina para obtenção do título
de Bacharel em Direito**

**Orientador: Professor Doutor Luis Carlos
Cancellier de Olivo**

Florianópolis

2009



Universidade Federal de Santa Catarina
Centro de Ciências Jurídicas
Colegiado do Curso de Graduação em Direito

TERMO DE APROVAÇÃO

A presente monografia, intitulada A responsabilidade civil do Estado por atos omissivos da Administração Pública, elaborada pela acadêmica Ísis Cavalcante D'Ambrosio e aprovada pela Banca Examinadora composta pelos membros abaixo assinados, obteve aprovação com nota 10,00 (dez), sendo julgada adequada para o cumprimento do requisito legal previsto no art. 9º da Portaria nº 1886/94/MEC, regulamentado pela Universidade Federal de Santa Catarina, através da Resolução n. 003/95/CEPE.

Florianópolis, 19/02/2009.

Luis Carlos Cancellier de Olivo

Flávia Koerich Mafra

Egon Reinert

Dedico este trabalho aos meus pais, Edgard e Aparecida Donizeti, responsáveis pela minha formação, por me ensinarem o valor da honestidade, da gentileza e do conhecimento, por acreditarem em mim, por me apoiarem, e, sobretudo, por todo o amor que me deram; ao meu irmão, Fabrício, pelo carinho e atenção; a toda a minha família, que sempre me incentivou.

Agradeço ao professor Luis Carlos Cancelier de Olivo, por ter sido meu orientador neste trabalho, sendo tão compreensivo; à professora Leilane Mendonça Zavarizi da Rosa, por ter sido excelente professora das disciplinas de Tópicos de Direito Material e Direito do Consumidor, as quais reforçaram o meu interesse em escolher o tema do presente estudo; a todos os companheiros do Ministério Público Federal, lugar em que fiz estágio e encontrei pessoas competentes e generosas, independentemente da função que exerciam; a todos os meus amigos, pelo carinho e incentivo, tanto os que estiveram por perto, quanto os que estiveram longe, mas sempre torcendo por mim; a todos aqueles que, de alguma forma, ajudaram na elaboração deste trabalho.

RESUMO

Este trabalho é uma pesquisa acadêmica na forma de monografia, que consiste na concretização do Trabalho de Conclusão do Curso de Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina, e destina-se a estudar a responsabilidade do Estado por atos omissivos da Administração Pública. O seu objetivo é analisar a possibilidade de responsabilizar o Estado por sua inércia, frente à crescente demanda pela prestação de serviços públicos, bem como diante de seus poderes-deveres estabelecidos na Constituição Federal de 1988. Pretende compreender qual teoria deve ser utilizada na responsabilização do Poder Público, mediante a situação peculiar de cada caso concreto, uma vez que, em sede de responsabilidade civil, todos os fatores relevantes do caso devem ser considerados, a fim de que se descubra quando surge o dever de indenizar a vítima, ou seja, quando incide a responsabilidade civil.

Palavras-chave: Responsabilidade civil. Responsabilidade do Estado. Estado. Administração Pública. Omissão. Atos omissivos. Risco. Responsabilidade subjetiva. Responsabilidade objetiva. Responsabilidade objetiva agravada.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	7
1 RESPONSABILIDADE CIVIL	9
1.1 CONCEITO.....	9
1.2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA.....	20
1.3 PRESSUPOSTOS E EXCLUDENTES	26
2 RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO.....	34
2.1 CONCEITO.....	34
2.2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA.....	46
2.3 RESPONSABILIDADE DO ESTADO NO BRASIL	49
3 RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR ATOS OMISSIVOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA	53
3.1 CONCEITO.....	53
3.2 FUNDAMENTO.....	58
CONCLUSÃO.....	72
REFERÊNCIAS.....	74

INTRODUÇÃO

Esta é uma pesquisa acadêmica na forma de monografia, cujo método de abordagem é o método dedutivo e o método procedimental é a revisão bibliográfica.

O interesse da autora em estudar os limites da responsabilidade estatal foi despertado antes mesmo da graduação, mas foi especialmente durante as disciplinas de Responsabilidade Civil, Direito Administrativo, Tópicos de Direito Material e Direito do Consumidor, bem como durante o estágio realizado no Ministério Público Federal, na área de Direito Ambiental, que tal interesse ganhou contornos mais precisos.

Diante da expansão do Estado, ocorre um aumento dos seus deveres consistentes em condutas positivas, ou seja, o Estado cada vez mais deve agir, deve intervir em diversas áreas, o que, juntamente com a crescente procura pela prestação de serviços públicos, torna a omissão estatal um tema relevante.

O presente trabalho analisará a responsabilidade do Estado por atos omissivos da Administração Pública. Assim, buscará descobrir quando o Estado deve responder pelos danos causados por sua inércia, se deve responder subjetivamente ou objetivamente, se deve responder por se omitir ao elaborar e executar políticas públicas, qual é o conceito de agente público para efeitos de responsabilização individual em caso de conduta culposa ou dolosa, se a responsabilização do Estado está cumprindo suas funções, principalmente a preventiva, entre outras questões.

No primeiro capítulo, far-se-á um estudo geral acerca da responsabilidade civil, para que se conheçam as noções básicas desse instituto, seus pressupostos, suas excludentes, sua evolução histórica e sua situação atual.

Em seguida, no segundo capítulo, será desenvolvido o conceito da responsabilidade civil no âmbito do Estado, mais precisamente no que concerne aos atos exercidos pela Administração Pública, uma vez que os atos jurisdicionais e os atos legislativos não serão o foco deste trabalho. Além disso, desde já, faz-se uma ressalva de que o presente estudo dedicará sua atenção para a responsabilidade dos atos do Estado oriundos da Administração Pública, ainda que esta não possua personalidade jurídica. Portanto, para fins didáticos, os termos Estado e Administração Pública serão considerados sinônimos.

No terceiro capítulo, será analisado o problema da responsabilidade civil do Estado em decorrência dos seus atos omissivos, através do estudo do conceito de omissão, bem como das teorias da responsabilidade subjetiva, objetiva e objetiva agravada, fundadas

respectivamente na culpa anônima do serviço, no risco administrativo e no risco integral. Será feita uma análise de cada teoria, revelando o entendimento de cada corrente doutrinária acerca da aplicação da respectiva teoria adotada.

O termo responsabilidade civil, quando prescindido de qualquer classificação, designará responsabilidade civil geral, ou em sentido estrito, de acordo com a terminologia do Professor Fernando Noronha, o que equivale à expressão responsabilidade civil extracontratual da doutrina tradicional.

O método dedutivo do desenvolvimento deste trabalho se apresentará pelo estudo mais abrangente da responsabilidade civil, no primeiro capítulo, seguido de um estudo mais específico deste instituto na área do Estado, no segundo capítulo, e, por último, no terceiro capítulo, atinge-se especificamente o tema do trabalho.

Em suma, este trabalho analisará as possibilidades de responsabilização estatal por danos decorrentes de comportamentos omissivos da Administração Pública.

1 RESPONSABILIDADE CIVIL

1.1 Conceito

1.1.1 Responsabilidade

A origem da palavra responsabilidade é o verbo latino *respondere*, antigamente usado quando alguém assumia a garantia de cumprir determinada obrigação no direito romano, respondendo por ela (DINIZ, 2007, p. 33).

Contudo, a idéia de responsabilidade como o ato de responder por uma obrigação, ou ainda pelo seu eventual descumprimento é muito ampla para se compreender toda a abrangência semântica que o termo assume no âmbito jurídico. Portanto, torna-se necessário recorrer à doutrina, para que se obtenha um grau de precisão maior na definição desse conceito e, conseqüentemente, no estudo de todo o fenômeno da responsabilidade.

Assim, considerando apenas a esfera do direito civil, segundo Maria Helena Diniz (2007, p.34),

[...] poder-se-á definir a responsabilidade civil como a aplicação de medidas que obriguem alguém a reparar dano moral ou patrimonial causado a terceiros em razão de ato do próprio imputado, de pessoa por quem ele responde, ou de fato de coisa ou animal sob sua guarda ou, ainda, de simples imposição legal.

Fernando Noronha (2003, p. 429) sustenta que, embora comporte duas acepções, uma ampla e tradicional, outra restrita e técnica, a responsabilidade civil é sempre uma obrigação de reparar danos, sejam estes causados a uma pessoa, ao patrimônio de outrem, ou a interesses coletivos ou transindividuais.

Cavaliere Filho (2006, p. 24) vai além, ao afirmar que “em apertada síntese, responsabilidade civil é um dever jurídico sucessivo que surge para recompor o dano decorrente da violação de um dever jurídico originário”.

1.1.2 Responsabilidade moral, penal, civil e disciplinar

Inicialmente, distingue-se a responsabilidade jurídica da responsabilidade moral, a qual resulta da violação de uma norma meramente moral, independe de dano, bastando um simples pensamento para invocá-la, restringe-se à consciência individual, não se exteriorizando socialmente, logo não tem repercussão jurídica (DINIZ, 2007, p. 22). Trata-se de um julgamento de foro íntimo da pessoa sobre os seus atos, com base em normas morais, que são criadas pela sociedade, mas não são coercitivamente impostas.

Em se tratando de responsabilidade jurídica, pode-se ter responsabilidade penal e civil. Dessa forma, enquanto a responsabilidade penal decorre de lesão aos deveres de cidadãos em relação à sociedade, causando-lhe um dano pela violação de uma norma penal, e resultando na aplicação de uma pena ao agente causador do dano social, a responsabilidade civil advém de um dano, causado a terceiro, particular ou Estado, geralmente por infração de determinado dever imposto pelo ordenamento jurídico ou por obrigação assumida, implicando a sua reparação, embora possa advir também de um dano causado por ato lícito. (DINIZ, 2007, p. 23).

A responsabilidade penal tem a função de restabelecer o equilíbrio social, com o enfoque na punição do agente lesador, já a responsabilidade civil se propõe a restaurar o equilíbrio jurídico modificado pelo prejuízo causado à vítima, com enfoque na reparação desse prejuízo (DINIZ, 2007, p. 23).

Nesse sentido, Fernando Noronha (2003, p. 509, grifo do autor) é preciso ao afirmar que:

A característica essencial da responsabilidade civil está em ser obrigação de *reparar danos*, ainda que estes possam ser de natureza variada: a pessoas ou coisas, patrimoniais ou extrapatrimoniais, individuais ou coletivos (transindividuais).

É bom lembrar que, em sede de responsabilidade penal, a violação ocorre em relação à norma penal típica, em respeito ao princípio da legalidade ou da reserva legal, segundo o qual, “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal” (artigo 5º, XXXIX, Constituição Federal de 1988 e artigo 1º, Código Penal), conhecido também por princípio *nullum crimen, nulla poena sine lege*, o que não acontece na área cível, em que pode haver responsabilização do lesante sem que haja a violação de uma norma prévia específica expressamente estabelecida, bastando, conforme afirmação de Leilane Mendonça Zavarizi da Rosa (1996, p. 16), o simples fato do prejuízo.

Outras diferenças entre as duas esferas de responsabilidade podem ser enumeradas, como a que se refere ao caráter estritamente pessoal da responsabilidade penal (princípio da pessoalidade previsto no artigo 5º, XLV, da Constituição Federal de 1988), ao passo que a responsabilidade civil pode ser transmitida aos herdeiros até o valor do bem eventualmente recebido, e pode ser gerada por fato de outrem; a que informa que a responsabilidade penal, em princípio, só incide sobre pessoas naturais ou físicas (vale lembrar que a Lei 9.605/98 estabelece a responsabilidade penal para pessoas jurídicas, nos casos de atividades lesivas ao meio ambiente, nos moldes do artigo 225, §3º, da Constituição Federal de 1988), já que a civil incide também sobre pessoas jurídicas e até sobre organizações sem personalidade; e, por fim, a que requer conduta dolosa ou, por exceção, culposa, para haver

responsabilidade penal, enquanto só requer atuação culposa, ou, em alguns casos, prescinde de culpa para a existência de responsabilidade civil, chegando até atribuí-la por danos causados por pessoas estranhas (responsabilidade objetiva agravada) (NORONHA, 2003, p. 510).

Existe ainda a responsabilidade disciplinar, que se assemelha à responsabilidade penal, por aplicar sanções, mas se difere desta, porque as sanções se restringem a uma organização, como uma escola, uma empresa, o exército nacional ou a Administração Pública. Cabe lembrar que a responsabilidade disciplinar inclui infrações às normas reguladoras de atividades profissionais de especial regulamentação, regidas pelos chamados códigos de ética, zelados por órgãos específicos, como é o caso da atividade exercida por advogados, médicos e corretores de imóveis (NORONHA, 2003, p. 508).

1.1.3 Da diferença entre obrigação e responsabilidade

Uma vez que as diferenças entre as esferas de responsabilidade foram explicadas, voltando-se especificamente à da responsabilidade civil, objeto do presente estudo, é preciso esclarecer que obrigação não se confunde com responsabilidade. Assim, segundo Cavalieri Filho (2006, p.23), a ordem jurídica estabelece deveres positivos, de dar ou fazer, e negativos, de não fazer, e até haveria estabelecido um dever geral de não prejudicar ninguém, conhecido no direito romano por *neminem laedere*. Nesse sentido, um dever jurídico seria uma conduta imposta às pessoas pelo direito positivo, com a finalidade de proteger o lícito, e reprimir o ilícito, permitindo a convivência social, sendo que a imposição de deveres jurídicos implica a criação de obrigações.

Dessa forma, “*Obrigação* é sempre um dever jurídico originário; *responsabilidade* é um dever jurídico sucessivo, conseqüente à violação do primeiro” (CAVALIERI FILHO, 2006, p. 24, grifo do autor).

Essa distinção aparece no artigo 389 do Código Civil: “Não cumprida a obrigação, responde o devedor por perdas e danos, mais juros e atualização monetária segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, e honorários de advogado”. E Cavalieri Filho (2006, p. 25) afirma que “esse dispositivo é aplicável tanto à responsabilidade contratual como à extracontratual [...]”.

De qualquer forma, o que precisa ficar claro, inicialmente, é que a obrigação, consistente num dever jurídico originário, seja ele advindo do contrato, do ato unilateral de vontade, da lei, ou da ordem jurídica, é diferente da responsabilidade, que nasce

da inexecução desse dever jurídico originário, pois a responsabilidade é uma imposição nova, a qual visa à reparação do dano ocorrido.

É interessante observar que existem obrigações de conteúdo menos definido. Cavalieri Filho (2006, p. 27) compara a diferença de precisão entre a obrigação do vendedor, consistente em entregar a coisa vendida, e a do depositário, definida como guardar a coisa depositada: o autor afirma que a obrigação do vendedor está perfeitamente delimitada, enquanto que a do depositário está menos definida, pois não indica quais atos deverão ser praticados, “cabendo-lhe descobrir qual deve ser o comportamento devido em função da própria finalidade a atingir, que é a da conservação e restituição da coisa.” Ele segue o seu raciocínio, dizendo que os atos do depositário irão variar conforme a coisa que está sob sua guarda, que pode ser, por exemplo, uma jóia ou um automóvel, e ainda conforme a natureza do depósito. O autor cita o exemplo do dever originário de um motorista de dirigir com cuidado, o qual tem conteúdo muito variável, de modo que cabe ao motorista encontrar, momento a momento, o comportamento mais adequado a adotar.

Assim,

Em síntese, nas *obrigações de conteúdo determinado* a identificação do dever originário faz-se com facilidade, em face da própria lei ou negócio jurídico, que são sua fonte. Nas *obrigações de conteúdo indefinido*, entretanto, em que apenas se aponta para um fim (guardar, administrar, não causar dano etc.), sem indicação das condutas adequadas para atingir, teremos que descobrir em cada caso os atos que o obrigado deverá realizar para poder cumprir a obrigação originária. Vale dizer: o sujeito tem de integrar a norma, porque esta lhe confia a determinação dos atos que hão de constituir a conduta devida (CAVALIERI FILHO, 2006, p. 27, grifo do autor).

Essa indeterminação de conteúdo é de extrema importância para se verificar a incidência da responsabilidade civil em alguns casos, e ganha um sentido especial no âmbito do Estado, visto que este deve agir muitas vezes com base em conceitos pouco delimitados, mas sempre visando à defesa do interesse público, e respeitando os princípios da Administração Pública.

1.1.4 Fato jurídico, ato jurídico e negócio jurídico

Para situar a responsabilidade civil na teoria geral do direito, e assim compreendê-la melhor, é preciso partir da noção de fato jurídico.

Somente o fato que se ajusta à hipótese prevista na norma e sofre a incidência desta tem repercussão jurídica, portanto, só ele é chamado de fato jurídico. Os fatos jurídicos podem ser naturais, quando decorrem da ação da natureza, ou voluntários, quando derivam de condutas humanas capazes de produzirem efeitos jurídicos. Os fatos jurídicos

voluntários se dividem em atos lícitos, quando respeitam o direito, e atos ilícitos, quando violam o dever imposto pela norma jurídica (CAVALIERI FILHO, 2006, p. 28).

Os atos lícitos são divididos em ato jurídico e negócio jurídico. O ato jurídico é o que, apesar de depender da vontade humana, tem seus efeitos predeterminados pela lei, já o negócio jurídico tem seus efeitos produzidos por quem os pratica. Desse modo, “A bilateralidade, portanto, não é requisito básico do negócio jurídico” (CAVALIERI FILHO, 2006, p. 29). São exemplos de atos jurídicos o reconhecimento de paternidade e a adoção, e é exemplo de negócio jurídico o testamento (que, embora seja um ato unilateral, é negócio jurídico, pois seu conteúdo é determinado pela vontade do testador).

Os atos ilícitos, quando violam norma jurídica civil, consistem no principal fato gerador da responsabilidade civil. Nessa direção afirma Cavalieri Filho (2006, p. 31, grifo do autor):

Ademais, os casos de indenização por *ato lícito* são excepcionalíssimos, só tendo lugar nas hipóteses expressamente previstas em lei, como no caso de dano causado em estado de necessidade e outras situações específicas (Código Civil, arts. 188, II, c/c arts. 929 e 930, 1.285, 1.289, 1.293, 1.385, §3º, etc). Nesses e outros casos não há responsabilidade em sentido técnico, por inexistir violação de dever jurídico, mas mera obrigação legal de indenizar por ato lícito [...].

1.1.6 Responsabilidade em sentido estrito e responsabilidade negocial

Para Fernando Noronha (2003, p. 429-430, grifo do autor), o termo responsabilidade civil admite duas acepções: uma ampla, de pouca utilidade, e outra restrita e técnica. A ampla seria a que define responsabilidade civil como a “obrigação de reparar *quaisquer danos antijuridicamente causados a outrem*, isto é, em contradição com o ordenamento”. O problema dessa acepção residiria na sua vasta abrangência, pois ela incluiria não só a obrigação de reparar danos provenientes de inadimplemento, má execução ou atraso no cumprimento de obrigações negociais, mas também a obrigação de reparar danos decorrentes de lesão a outros direitos alheios.

A acepção restrita, adotada pelo autor, distingue a responsabilidade negocial da responsabilidade civil geral, ou em sentido estrito, ou técnico. Dessa forma, a responsabilidade civil negocial é a obrigação de reparar danos resultantes do inadimplemento de obrigações negociais, já a responsabilidade civil em sentido estrito é a obrigação de reparar danos causados a pessoas que não estavam ligadas ao lesante por um negócio jurídico, ou ainda, de reparar danos causados a pessoas que estavam ligadas ao lesante por um negócio jurídico, mas cuja ligação jurídica não foi determinante para a ocorrência dos danos, sendo estes causados pela “violação de deveres gerais de respeito pela pessoa e bens alheios,

preexistentes a esse negócio (e que por isso não devem ser concretamente encarados como violação específica dele)” (NORONHA, 2003, p. 430).

A responsabilidade civil em sentido estrito também pode ser descrita como a obrigação de reparar os danos decorrentes da violação do dever geral de *neminem laedere*, o qual consiste no dever de não lesar ninguém, ainda que tal violação se revele não culposa, e, portanto, não ilícita, mas sempre antijurídica. Essa responsabilidade tem o objetivo de “tutelar o interesse de cada pessoa na preservação da sua esfera jurídica, através da reparação dos danos causados por outrem” (NORONHA, 2003, p. 431).

A doutrina tradicionalmente utiliza o termo responsabilidade contratual para definir a responsabilidade civil negocial, bem como o termo responsabilidade extracontratual para delimitar a responsabilidade civil em sentido estrito, assim entendem, por exemplo, Cavalieri Filho (2006, p. 38) e Maria Helena Diniz (2007, p. 127). Contudo, Fernando Noronha (2003, p. 432) critica estes termos, porque eles desconsideram a existência de obrigações advindas de negócios jurídicos unilaterais, cujo inadimplemento se rege também pela chamada responsabilidade contratual.

Além disso, esses termos considerados obsoletos por Fernando Noronha transmitem a falsa idéia de que a responsabilidade extracontratual é menos comum, por avançar além dos contratos, enquanto, na verdade, ela é o “regime-regra da responsabilidade civil” (NORONHA, 2003, p.433), sendo a contratual, mera responsabilidade especial, que se submete aos mesmos princípios e regras gerais da responsabilidade civil geral, quando não houver norma específica (NORONHA, 2003, p. 431).

Noronha (2003, p. 433) fala ainda sobre a responsabilidade aquiliana, ou por atos ilícitos, informando que estas expressões são usadas tradicionalmente como sinônimas de responsabilidade extracontratual, todavia, atualmente elas só devem ser usadas com a finalidade de designar a responsabilidade subjetiva, em virtude de conterem a noção de culpa.

1.1.7 Responsabilidade subjetiva e objetiva

Fernando Noronha (2003, p. 484) explica que, no que toca ao fundamento da responsabilidade civil em sentido estrito, esta é classificada em responsabilidade subjetiva e objetiva, de acordo com o princípio ético-jurídico utilizado: o da culpa ou o do risco. Nesse contexto, a responsabilidade subjetiva é aquela em que prevalece o princípio da culpa, em contraposição à responsabilidade objetiva, em que predomina o princípio do risco.

A responsabilidade subjetiva, também chamada de responsabilidade culposa, por atos ilícitos, ou aquiliana, pode ser definida como a obrigação de reparar danos

ocorridos por ações ou omissões dolosas ou culposas (por imperícia, negligência ou imprudência), que tenham violado direitos alheios, e que tenham nascido de atos ilícitos, ou seja, atos que são proibidos pela ordem jurídica, que violam direitos alheios e que são imputáveis a uma pessoa por ter agido com dolo ou culpa. A responsabilidade subjetiva forma o regime-regra da responsabilidade civil, conforme o artigo 927, *caput*, do Código Civil.

Maria Helena Diniz (2007, p. 128) entende que, na responsabilidade subjetiva, é preciso provar a culpa do agente para que surja o dever de reparar o dano, contudo, há casos especiais em que o ônus da prova se inverte, então, o próprio agente deve provar que agiu com os cuidados exigíveis, em razão da presunção legal relativa (*juris tantum*) de culpa do agente, conforme lembra Fernando Noronha (2003, p. 485).

A culpa pode ser dividida, quanto à gravidade, em: grave, leve e levíssima. A culpa grave ocorre quando o agente procede com falta de cuidado injustificável ao homem comum, é também chamada de culpa consciente, que é semelhante ao dolo eventual, com a diferença de que o agente não assume o risco da produção do resultado, mas acredita que este não acontecerá. A culpa leve é aquela em que o agente falta com a atenção média relativa ao homem comum. Por fim, a culpa levíssima é aquela em que não é observada uma atenção extraordinária, que só seria exigível de uma pessoa especializada (CAVALIERI FILHO, 2006, p. 62).

Na vigência do Código de 1916, também se dividia a culpa nas seguintes categorias: *in eligendo*, *in vigilando* e *in custodiando*, que consistiam, respectivamente, na má escolha do preposto, na falta de atenção com outrem que estava sob responsabilidade do agente, ou nesta em relação a animal ou coisa que também estava sob os cuidados do agente. No entanto, essa classificação da culpa tornou-se inútil com o advento do Código Civil de 2002, que em seu artigo 933 instituiu a responsabilidade objetiva para vários desses agentes, no lugar da responsabilidade presumida (CAVALIERI FILHO, 2006, p. 63).

Já a responsabilidade objetiva é a obrigação de reparar danos, resultantes de ações, omissões ou fatos naturais, que tenham ofendido direitos alheios, derivando de fatos meramente antijurídicos, isto é, fatos que contrariam o direito e que ofendem direitos alheios, independentemente de dolo ou culpa (tais fatos geralmente estão relacionados a determinadas atividades).

Como a antijuridicidade possui natureza objetiva, pois prescinde de qualquer juízo de censura que possa ser feito a alguém, segundo Fernando Noronha (2003, p. 485), cabem, na responsabilidade objetiva, os casos de presunção absoluta (*juris et de jure*) de culpa do agente, os quais não admitem ao responsabilizado fazer prova em contrário.

Apesar de Fernando Noronha (2003, p. 485), Maria Helena Diniz (2007, p. 128) e Cavalieri Filho (2006, p. 39) partilharem do mesmo conceito de responsabilidade objetiva, ou seja, de responsabilidade que prescinde de culpa, Carlos Roberto Gonçalves (2003, p. 21) discorda dessa idéia, em parte, pois divide a responsabilidade objetiva em imprópria ou impura, a qual se baseia na culpa presumida, que inverte o ônus da prova, e em objetiva propriamente dita, que se funda no risco, esta sim dispensando totalmente a culpa. Não parece que esta seja a posição mais adequada à compreensão da matéria, visto que a noção de culpa está diretamente ligada à responsabilidade subjetiva. Assim, a culpa presumida continua na seara da responsabilidade subjetiva, porque a culpa continua em discussão, mesmo que o ônus da prova se inverta, pois o réu ainda pode provar a ausência de culpa. Portanto, a responsabilidade objetiva é aquela que se funda no risco, incluindo os casos de presunção absoluta de culpa, em que esta nem é discutida.

É preciso lembrar que, embora a responsabilidade objetiva dispense a culpa, isto não significa que ela não exija um nexo de imputação: este existe, mas se deve ao risco criado por determinadas atividades, as quais geram não só benefícios, mas também o ônus de suportar os danos eventualmente causados por elas a alguém.

Desse modo, conforme estabelece Fernando Noronha (2003, p. 486), de acordo com o artigo 927, parágrafo único, do Código Civil, há três riscos de atividade, que fundamentam a responsabilidade objetiva: o risco de empresa, o risco administrativo e o risco-perigo. O risco de empresa é o risco ligado à atividade econômica de produção ou distribuição de bens e serviços; o administrativo é o risco inerente à atividade exercida por uma pessoa jurídica de direito público, na realização do bem comum, tal risco deve ser assumido para que os danos causados a particulares sejam distribuídos por toda a coletividade; o risco-perigo é aquele criado por uma atividade lícita e potencialmente perigosa. A idéia do risco-perigo surgiu antes, porém, com a evolução da responsabilidade civil, tornou-se complementar aos outros dois riscos.

A responsabilidade objetiva é dividida em objetiva comum e objetiva agravada. Na primeira, o dano a ser reparado é causado por ação ou omissão do responsável ou de pessoa a ele ligada, ou por fato de coisas que ele possua. Na segunda, o dano a ser reparado não é causado pelo responsável, nem por pessoas ou coisas pelas quais responde, trata-se apenas de dano causado durante o desenvolvimento de atividade exercida pelo responsável.

Destarte, a responsabilidade objetiva agravada é excepcional, ocorre somente em caso de riscos específicos, típicos de determinadas atividades empresariais e

administrativas, e considerados inerentes a elas. Além disso, esta responsabilidade é marcada pela presença de danos a pessoas, não a coisas.

Deve-se lembrar ainda que, enquanto a responsabilidade objetiva comum apresenta previsão legal (principalmente representada pelo artigo 927, parágrafo único, do Código Civil), a objetiva agravada é uma construção jurisprudencial. Deste modo, Fernando Noronha (2003, p.488) explica:

[...] afirma-se a necessidade de responder por determinados danos que na realidade a pessoa não causou, mas argumenta-se que são situações em que não é possível invocar a escusa do fato de terceiro ou do caso fortuito ou de força maior [...] ou simplesmente nega-se que estes tenham ocorrido.

Analisando melhor a responsabilidade objetiva agravada, pode-se concluir que o risco gera responsabilidade objetiva comum, no caso de significar obrigação de indenizar danos causados sem culpa, ou ainda o risco gera responsabilidade objetiva agravada, caso assuma o sentido de obrigação de indenizar danos não causados nem pelo responsável, nem por pessoa ou coisa a ele ligadas. A responsabilidade do transportador, ainda que envolva em geral responsabilidade negocial, podendo também tratar da responsabilidade extracontratual, exemplifica bem a questão: no transporte de animais vivos, a responsabilidade é objetiva comum, já no transporte de pessoas, a responsabilidade é objetiva agravada (NORONHA, 2003, p. 489).

De qualquer modo, conforme Caio Mário da Silva Pereira, citado por Carlos Roberto Gonçalves (2003, p. 24, grifo nosso):

... a regra geral, que deve presidir à responsabilidade civil, é a sua fundamentação na idéia de culpa; mas, sendo insuficiente esta para atender às imposições do progresso, cumpre ao legislador fixar especialmente os casos em que deverá ocorrer a obrigação de reparar, independentemente daquela noção. Não será sempre que a reparação do dano se abstrairá do conceito de culpa, porém quando o autorizar a ordem jurídica positiva. [...] *Insurgir-se contra a idéia tradicional da culpa é criar uma dogmática desafinada de todos os sistemas jurídicos. Ficar somente com ela é entravar o progresso.*

Entretanto, Miguel Reale, também citado por Carlos Roberto Gonçalves (2003, p. 24, respectivamente grifo do autor e grifo nosso), no que tange aos limites condicionantes da responsabilidade objetiva, vai além da mera autorização da ordem jurídica positiva:

[...] quando a *estrutura* ou *natureza* de um negócio jurídico [...] implica a existência de riscos inerentes à atividade desenvolvida, impõe-se a responsabilidade objetiva de quem dela tira proveito, haja ou não culpa. Ao reconhecê-lo, todavia, leva-se em conta a participação culposa da vítima, a natureza gratuita ou não de sua participação no evento, bem como o fato de terem sido tomadas as necessárias cautelas, fundadas em critérios de ordem técnica. Eis aí como o problema é posto, com a devida cautela, o que quer dizer, com a *preocupação de considerar a totalidade de fatores operantes, numa visão integral e orgânica, num balanceamento prudente de motivos e valores.*

Cabe enfatizar que, diante de um fato danoso, a regra ainda é a irresponsabilidade, sendo a responsabilidade uma exceção. Assim, podem-se encontrar as seguintes situações: responsabilidade subjetiva, se houver obrigação de reparar o dano somente em caso de conduta dolosa ou culposa; responsabilidade objetiva, se houver obrigação de indenizar o dano, bastando o nexo causal entre o fato e o dano, e, em casos excepcionais, bastando o risco da atividade desenvolvida; irresponsabilidade, se não houver dolo ou culpa de ninguém, nem risco que deva ser arcado por alguém, ou seja, na falta de um nexo de imputação, como a culpa do agente ou o risco de sua atividade, não há obrigação de indenizar.

1.1.7 Responsabilidade direta e indireta

Além de classificar a responsabilidade civil quanto ao seu fato gerador e seu fundamento, ainda é possível dividi-la quanto ao agente, em direta e indireta ou complexa, esta última opção sugerida por Maria Helena Diniz (2007, p. 128), conforme o dano seja causado pelo próprio responsável ou por pessoa ou coisa sob sua guarda.

Assim, a responsabilidade será direta, por ato pessoal ou por fato próprio, se advir de atuação do próprio agente, que pratica fato danoso, o que inclui a conduta dolosa, culposa, e até lícita em casos especiais. Por outro lado, a responsabilidade será indireta, por fato de outrem ou por fato de terceiro, se sobrevier de fato danoso causado por terceiro, de fato de animal ou de coisa com os quais o responsável tenha vínculo. Fernando Noronha (2003, p. 492) fala ainda em responsabilidade grupal ou coletiva, que acontece quando uma pessoa integrante de um grupo responde por danos causados por pessoa não identificada, mas também pertencente ao grupo, de forma que a causa do dano está clara, mas se desconhece a pessoa a quem esta causa deve ser atribuída.

1.1.8 Funções da responsabilidade civil

A responsabilidade civil repercute em todas as atividades humanas, constituindo um ramo complexo do direito e de difícil sistematização. Ela tem como finalidade principal a restauração do equilíbrio violado pelo dano, por meio da reparação deste, a qual pode ocorrer através de retorno ao estado anterior, quando possível, ou de uma compensação financeira.

Dessa forma, em que pese o caráter patrimonial da responsabilidade civil, como afirma Maria Helena Diniz (2007, p. 23), “[...] a vítima poderá pedir reparação do prejuízo causado, traduzida na recomposição do *status quo ante* ou numa importância em

dinheiro”. O que vem ao encontro do princípio dominante da responsabilidade civil na era contemporânea: o da restituição integral da vítima, que se concretiza “[...] por meio de uma reconstituição natural, de recurso a uma situação material correspondente ou de indenização que represente do modo mais exato possível o valor do prejuízo no momento de seu ressarcimento” (DINIZ, 2007, p. 07). Por fim, a autora conclui que a função da responsabilidade é dupla: garantir o direito do lesado à segurança e servir como sanção civil, de natureza compensatória, punindo o lesante e desestimulando a prática de atos lesivos.

Cavaliere Filho (2006, p. 27) infere que a obrigação de indenizar pode ter a mesma natureza da obrigação originária, acrescida de alguns elementos, ou ter natureza diferente. Um exemplo da primeira situação acontece quando o credor exige não só o pagamento da prestação principal, como também os juros, correção monetária e uma cláusula penal eventualmente prevista. Já um exemplo da segunda ocorre quando um pintor se recusa a fazer um quadro a que tinha se obrigado fazer, então, o credor exige o ressarcimento dos prejuízos causados pelo inadimplemento daquela obrigação.

Cavaliere Filho (2006, p. 36) também discorre acerca do princípio da *restitutio in integrum*, ou seja, na medida do possível, é devida a reposição integral da vítima à situação anterior em que se encontrava; tal reparação se realiza pela indenização fixada em proporção ao dano, já que indenizar abaixo do valor deste é impor à vítima o ônus de suportar o resto dos prejuízos não indenizados. O autor comenta que a tese de Ihering de que a obrigação de reparar nascia da culpa foi cedendo espaço à teoria da indenização de danos, conforme os juristas constataram que o verdadeiro fundamento da responsabilidade civil era a reparação da quebra do equilíbrio econômico-jurídico provocada pelo dano.

Fernando Noronha (2003, p. 437) entende que a responsabilidade civil possui três funções: reparatória, punitiva e preventiva. Deste modo, a reparatória (ou ressarcitória ou indenizatória ou ainda compensatória) consiste na obrigação de reparar o dano causado; a punitiva (ou sancionatória) versa sobre a imposição de uma punição ao agente, por meio de uma indenização que se aproxime de uma pena privada, e que só se justifica quando há dolo ou culpa do agente; a preventiva (ou dissuasora) é paralela à punitiva, e como esta, aproxima-se da responsabilidade penal, visando coibir a prática de outros atos danosos.

1.2 Evolução histórica

1.2.1 Responsabilidade civil e penal

Inicialmente, não havia distinção entre a responsabilidade civil e penal, sendo que a lesão era considerada no âmbito do grupo, não do indivíduo, e as sanções impostas pelo grupo possuíam um caráter eminentemente religioso.

Posteriormente, houve um processo evolutivo de laicização, mas ainda no âmbito do clã ou da família. “Essa foi a fase da *vendetta*, ou vingança privada, em que era o grupo de que a vítima fazia parte que assumia a tarefa de punir o responsável” (NORONHA, 2003, p. 528).

A Lei de Talião veio em seguida, e consistiu num outro progresso com a reciprocidade entre a ofensa e o castigo, mas continuou confundindo a responsabilidade penal e a civil. Foi aplicada primeiramente pelos povos do Oriente Médio, e depois por outros povos por estes influenciados, como os do Mediterrâneo. Nessa época, “[...] o poder público intervinha apenas para declarar quando e como a vítima poderia ter o direito de retaliação, produzindo na pessoa do lesante dano idêntico ao que experimentou” (DINIZ, 2007, p.11).

Conforme o tempo foi passando, observou-se que era mais conveniente fazer um acordo com o autor da ofensa, visando à reparação do dano, do que insistir numa retaliação, visto que esta não consertava dano algum, pelo contrário, causava duplo prejuízo: o da vítima, e o do seu ofensor, depois de punido. Então, a reparação civil, propriamente dita, surgiu a partir da fixação de multas em dinheiro que se destinavam a indenizar o lesado, bem como de possíveis composições negociadas. Contudo, a responsabilidade civil ainda era confundida com a penal, ou melhor, era absorvida por esta.

A total distinção entre as duas só se impôs muito mais tarde, quando, nos séculos que se sucederam à Idade Média (e em especial no século XVIII, ao tempo do Iluminismo que precedeu a Revolução Francesa) se assistiu a construção do Estado moderno. Foi só então que se assistiu à publicização da responsabilidade penal e à privatização da responsabilidade civil (NORONHA, 2003, p. 529).

1.2.2 A *lex Aquilia* e a idéia de culpa

Paralelamente à separação entre a responsabilidade civil e a penal, a responsabilidade também sofreu outra mudança: em vez de existir a obrigação de ressarcimento de qualquer dano, como acontecia antes, foi introduzida a idéia de culpa como condição para indenizar.

Assim, a *lex Aquilia* consistia num plebiscito, cuja origem data provavelmente do fim do século V de Roma, ou meados do século III a.C., e foi ela que

inovou com a noção de culpa como requisito para a obrigação de indenizar. Não se tratava de uma lei de vasta abrangência, mas trouxe a novidade da culpa.

Essa lei não envolvia toda e qualquer espécie de dano, mas estava duplamente limitada: por danos causados a escravos e a alguns animais especificados pelas *Institutas*, e por danos causados por agressão física do próprio ofensor.

Embora o direito romano tenha caminhado com a *lex Aquilia* em direção à formação de um princípio geral de obrigação de indenizar por todos os danos causados culposamente na pessoa ou em bens alheios, ele nunca chegou a formular tal princípio, pelo contrário, esteve sempre preso a um sistema causuístico, segundo o qual o lesado só tinha direito à reparação nos casos expressamente previstos, exigindo-se em alguns que o lesante tivesse agido com culpa e bastando noutros o mero fato material do dano acontecido, de forma semelhante ao que se encontra atualmente nos direitos dos países de *common law* (NORONHA, 2003, p. 532).

1.2.3 Formulação do princípio geral da “não-responsabilidade sem culpa” e distinção entre “responsabilidade contratual” e “extracontratual”

Foi com os juristas da chamada escola de Direito Natural (séculos XVII e XVIII), conhecida por escola “jusracionalista”, voltada para a construção de um direito fundado na razão, com princípios imutáveis e universais, que a responsabilidade civil se separou nitidamente da penal, e foi estabelecido o conceito de ato ilícito, que criou um novo princípio geral de responsabilidade civil.

Sob a influência do direito canônico, que associava a idéia de culpa à de antijuridicidade, foi firmado o conceito de ato ilícito, e o instituto da responsabilidade civil ganhou um novo princípio geral, segundo o qual “sem culpa não deve haver responsabilidade”.

A escola jusracionalista delineou a responsabilidade civil em tempos modernos, como obrigação de reparar danos, seja esta obrigação derivada do inadimplemento de um negócio jurídico, seja derivada da violação de deveres gerais, mas sempre considerando o elemento culpa como necessário à existência de uma conduta censurável, e, portanto, como condição indispensável para a responsabilidade civil.

No século XIX, a responsabilidade civil e a penal já estavam bem diferenciadas, de modo que a responsabilidade civil já se dividia em duas áreas: “responsabilidade contratual” e “extracontratual”, ou por atos ilícitos, ou aquiliana. Em ambos os casos, a obrigação de indenizar sempre se baseava não na gravidade da conduta do agente,

mas na extensão do dano causado. Além disso, “a culpa era sempre elemento essencial da responsabilidade” (NORONHA, 2003, p. 534).

Dessa forma, é possível afirmar que tanto na responsabilidade delitual quanto na contratual, a obrigação de indenizar sempre se basearia num ato ilícito, tendo em vista que o inadimplemento de um contrato não deixaria de ter natureza ilícita, uma vez que é reprovado pelo direito. Essa concepção, que foi sintetizada no chamado “dogma da culpa” no século XIX, influenciou todos os Códigos Civis modernos, incluindo os do Brasil, tanto o de 1916, quanto o de 2002.

1.2.4 Código Civil de 1916

A mentalidade contida no Código Civil de 1916, no que tange à responsabilidade civil, era a que prevalecia no século XIX.

Assim, o Livro das Obrigações distinguia as obrigações contratuais e as derivadas de ato ilícito, de modo que as regras acerca do seu inadimplemento eram elaboradas considerando as obrigações contratuais.

“O máximo que se consentia na direção de uma responsabilidade por danos causados independentemente de culpa era a criação de diversas presunções desta, como quando se responsabilizava o dono do edifício pelos danos resultantes da sua ruína” (NORONHA, 2003, p. 535).

Todavia, alguns casos se mantiveram alheios a qualquer idéia de culpa, mesmo diante de toda a concepção oitocentista adotada pelo Código Civil de 1916, como, por exemplo, tem-se o artigo 1529, correspondente ao artigo 938 do Código Civil atual (que se refere à obrigação de indenizar do morador da casa de que caíam coisas). Outros casos são os praticados em legítima defesa e em estado de necessidade, previstos no artigo 1540, sem correspondente no Código de 2002, e nos artigos 1519 e 1520, correspondentes aos artigos. 929 e 930 do Código novo.

1.2.5 Revolução industrial e agravação de riscos

Fernando Noronha (2003, p. 536) lembra que:

No século XX, as concepções oitocentistas foram atropeladas pelo processo histórico. A sociedade humana entrou num tempo de rápidas transformações, nunca antes experimentadas, que progressivamente fizeram anacrônico o regime jurídico instituído em 1916.

Dessa forma, muitas soluções propostas pelo Código foram se tornando ineficazes, na medida em que surgiam novos dispositivos de leis esparsas, e em que a

jurisprudência realizava interpretações inovadoras. Segundo Noronha (2003, p. 536), todas essas transformações sociais fizeram da responsabilidade civil o instituto, dentro do Direito Civil, que mais se desenvolveu no século XX.

Dentro desse contexto de transformações, é inegável a importância da Revolução Industrial, ocorrida na Inglaterra, ainda no século XVIII, para o estudo da responsabilidade civil, haja vista a agravação dos riscos a que as pessoas estão submetidas, trazida pela industrialização. A idéia de culpa como critério para a existência da responsabilidade civil foi perdendo força aos poucos, uma vez que já não se coaduna com a necessidade social de reparar danos causados por esse aumento de riscos, ainda que o agente tenha procedido sem culpa.

De outra parte, a Revolução Industrial elevou as condições médias de vida e de cultura da população, e incentivou a valorização do ser humano, tornando-o mais consciente, de forma a não aceitar passivamente o destino, mas atuando firmemente, exigindo a reparação de todo e qualquer dano sofrido por ele.

E cabe lembrar ainda a importância de trabalhos feitos na França, os quais foram fundamentais para o desenvolvimento da responsabilidade objetiva.

1.2.6 Ampliação da reparação, objetivação e coletivização da responsabilidade

O avanço da responsabilidade civil, sobretudo a responsabilidade em sentido estrito, revela-se por meio de um triplo fenômeno: ampliação dos danos suscetíveis de reparação, objetivação da responsabilidade e sua coletivização (NORONHA, 2003, p.540).

O aumento dos danos reparáveis se explica, sobretudo, pela extensão da obrigação de indenizar aos danos extrapatrimoniais e pela tutela dos danos transindividuais, o que supre as necessidades novas da sociedade atual, no sentido de uma reparação que seja o mais abrangente possível.

A objetivação da responsabilidade, consequência direta da Revolução Industrial em sede de responsabilidade civil, manifesta-se pelo distanciamento em relação ao princípio da não-responsabilidade sem culpa.

Por último, a coletivização da responsabilidade consiste na expansão de processos comunitários para a reparação de vários danos, principalmente os que afetam a integridade física ou psíquica das pessoas, o que caracteriza a distribuição de tais danos a cargo de todo um grupo social, em contraposição à redução da responsabilidade individual.

A evolução da responsabilidade civil resulta desse triplo fenômeno, principalmente da objetivação e coletivização, pois foram esses dois fatores que inverteram a

lógica da responsabilização, que apontava no sentido de se exigir a culpa dos lesantes e sua responsabilidade unicamente individual, além de, no que tange aos lesados, reparar apenas os danos individuais.

Assim, ao contrário da responsabilidade oitocentista, que se restringia à responsabilidade subjetiva e individual, a tendência da responsabilidade atual é se tornar cada vez mais objetiva e coletiva. A culpa cede espaço ao risco, quanto ao fundamento da responsabilidade, caminhando em direção à objetivação, e, por outro lado, a responsabilidade individual dá lugar à coletiva, socializando os riscos entre pessoas de determinados grupos.

Entretanto, é preciso deixar claro que a responsabilidade subjetiva continua sendo o regime-regra, e, mesmo nos casos de responsabilidade objetiva, a regra continua sendo a responsabilidade individual.

Outra consequência do desenvolvimento da responsabilidade civil refere-se à classificação da responsabilidade em “contratual” e “extracontratual”, que deixou de ser adequada, diante do crescimento da responsabilidade civil, que, quando desprovida de qualificativo, refere-se à denominada de responsabilidade civil geral, ou em sentido estrito, excluindo-se a negocial, que é mera responsabilidade especial.

1.2.7 O seguro de responsabilidade civil

O Código de 2002 dispõe em seu artigo 787, *caput*: “No seguro de responsabilidade civil, o segurador garante o pagamento de perdas e danos devidos pelo segurado a terceiro”. Trata-se de uma inovação, já que o Código de 1916 não previa este tipo de seguro, que era pouco difundido no início do século XX, tendo em vista que a idéia de culpa predominava na época, o que trazia um caráter de imoralidade à transferência da obrigação de indenização para a seguradora.

A objetivação da responsabilidade levou ao desenvolvimento dos seguros mencionados, ao mesmo tempo em que estes seguros contribuíram para a expansão da própria responsabilidade objetiva. E nesse contexto de evolução, os juízes passaram a assegurar a reparação total da vítima, diante da diluição deste dever por toda uma comunidade, em face da antiga concentração dele sobre o responsável.

Carlos Roberto Gonçalves (2003, p. 03) afirma que tal seguro ainda é pouco usado no Brasil, e o defende:

Como a indenização deve ser integral e completa, por maior que seja o prejuízo, independentemente do grau de culpa, pode acontecer que uma pessoa venha a atropelar um chefe de família e seja obrigada a indenizar e a fornecer pensão alimentícia àqueles a quem o defunto sustentava. E, desse modo, em muitos casos, para se remediar a situação de um arruína-se a do outro. A solução apontada para se

corrigir esse inconveniente é o contrato de seguro. O seguro obrigatório para cobertura de danos pessoais em acidentes de veículos, com dispensa de prova da culpa, representa uma evolução nesse setor.

Contudo, Fernando Noronha (2003, p. 547) alerta para os pontos negativos deste tipo de seguro, ao ressaltar que o responsável se esconde atrás do segurador, pois este é demandado diretamente pelo lesado, ou é denunciado da lide pelo seu segurado, assim, na prática, é o segurador que responde pelos danos, visto que ele é quem participa do processo, defendendo o verdadeiro responsável, e, ao final, paga a indenização. O segurado se transforma em mero responsável formal, o que transmite a idéia de que ele pode agir com menos cautela, uma vez que o segurador arcará com a responsabilidade, restando prejudicada a função de prevenção de danos da responsabilidade civil.

Ademais, o seguro de responsabilidade civil, especialmente o obrigatório, não considera os fatores individuais de risco, para estabelecer adequadamente os prêmios, gerando distorções, de modo que os mais cuidadosos pagarão mais, para cobrir os prejuízos causados pelos irresponsáveis. Isto sem contar a dificuldade de arcar com os custos do próprio seguro, pois a reparação integral dos danos tem um custo econômico que nem sempre pode ser sustentado por todos.

1.2.8 Código Civil de 2002

O novo Código Civil não trouxe muitas novidades no campo do Direito das Obrigações, manteve a sistematização e até mesmo muitos artigos do código antigo, o que prejudicou a responsabilidade civil, em virtude de toda a sua evolução, a qual apenas começou na época da promulgação do Código de 1916, sendo o instituto de Direito Civil que mais se desenvolveu no século XX, como já mencionado.

Nesse sentido, Fernando Noronha (2003, p. 549) afirma que:

Em consequência, temos um Código novo mas que, quanto à responsabilidade civil, nasce velho. Não trouxe regulamentação para algumas situações que eram deixadas ao trabalho criador da jurisprudência [...] e, por outro lado, em certas matérias consagra soluções que, se eram as prevalecentes nos tribunais em 1975, foram posteriormente superadas [...].

Ainda, segundo Carlos Roberto Gonçalves (2003, p. 03), deixou-se de apreciar, por exemplo, a extensão e os contornos do dano moral, além de sua liquidação, o que ficou novamente a cargo da jurisprudência.

1.3 Pressupostos e excludentes

1.3.1 *Pressupostos da responsabilidade civil*

Carlos Roberto Gonçalves (2003, p. 31) assevera que do artigo 186 do Código Civil decorre a regra universalmente aceita de que todo aquele que causa dano a outrem é obrigado a repará-lo. O dispositivo legal citado acima estabelece, na verdade, os pressupostos da responsabilidade civil subjetiva, que, para o autor, são os seguintes elementos: ação ou omissão, culpa ou dolo do agente, relação de causalidade e dano.

Na mesma direção, caminha o entendimento de Cavalieri Filho (2006, p. 41): para o autor, ao definir ato ilícito, o artigo 186 do Código Civil contém os pressupostos da responsabilidade civil subjetiva, os quais consistem na conduta culposa do agente (por ação ou omissão), no nexo causal e no dano.

Por sua vez, Maria Helena Diniz (2007, p. 36) assegura que a responsabilidade civil tem como requisitos: a ação, comissiva ou omissiva, qualificada juridicamente como ato ilícito ou lícito; o dano moral ou patrimonial (ou os dois cumulados) causado à vítima, o qual deve ser certo a um bem ou interesse jurídico, e, portanto, deve ser provado; nexo de causalidade entre dano e a ação.

Por outro lado, Fernando Noronha (2003, p. 468) acrescenta alguns elementos, e sistematiza os pressupostos de uma forma diferente, tais pressupostos são: fato antijurídico, nexo de imputação, dano, nexo causal e lesão de bem protegido.

De acordo com Fernando Noronha (2003, p. 469), o fato antijurídico e o nexo de imputação estão ligados ao fato gerador da responsabilidade, enquanto o dano, o nexo causal e a lesão de bem protegido se referem ao próprio dano causado. Assim, o fato deve ser antijurídico e imputável a alguém, já o dano deve ser efetivo, deve ser causado pelo fato gerador, além de causar lesão a um bem juridicamente tutelado.

A doutrina e a jurisprudência geralmente só indicam como pressupostos o segundo, o terceiro e o quarto, uma vez que o primeiro e o último têm importância menor: o último, porque quase todos os danos são tutelados, e o primeiro, porque se o fato antijurídico não causar danos, não haverá obrigação de indenizar, ainda que gere outros efeitos, como em sede de responsabilidade penal.

Entretanto, embora de importância menor, esses requisitos precisam ser considerados, em determinadas ocasiões. Deste modo, tais requisitos são esclarecidos a seguir:

a) Fato antijurídico

O fato antijurídico é o evento causador do dano, o fato que contraria o ordenamento, atingindo negativamente qualquer situação juridicamente tutelada. A antijuridicidade, como já foi dito anteriormente, possui natureza objetiva, ou seja, independe de qualquer juízo de censura que possa ser feito a alguém, quer esteja relacionada a um fato humano (ação ou omissão) ou a um fato natural.

É preciso esclarecer que há também quem considere o termo *ilícito* na sua acepção ampla, significando ação que contraria comandos legais, e não na sua acepção estrita, como consta no artigo 186 do Código Civil, com o sentido de conduta dolosa ou culposa. Considerando a acepção ampla, o termo *ilícito* equivaleria ao vocábulo *antijurídico*.

Nem sempre a ofensa a direitos de outrem é antijurídica. Em especial, é isso que acontece nos atos justificados, quando sejam lesados direitos de pessoas estranhas à situação contra a qual se esteja procedendo [...]. Neste caso, a circunstância de o ato justificado ser lícito não impede que seja antijurídica a consequência produzida, isto é, a lesão do direito da pessoa terceira que tiver sido atingida; só não serão antijurídicos os danos causados ao próprio agressor ou ao criador do estado de perigo (NORONHA, 2003, p. 471).

Pode-se dizer que as situações em que podem ocorrer fatos antijurídicos são pelo menos quatro: quando houver um ato ilícito, ou seja, um ato subjetivamente ilícito; quando houver um ato objetivamente ilícito, praticado por inimputável ou por pessoa em situação de inimizabilidade acidental; em caso de realização de um ato justificado, quando for atingida pessoa diversa da que criou a situação implicativa da necessidade de intervenção; quando certos acontecimentos naturais atingirem um direito de alguém, desde que a ocorrência esteja ligada à atividade desenvolvida por outra pessoa.

b) Nexo de imputação

“Nexo de imputação é o fundamento, ou a razão de ser da atribuição da responsabilidade a uma determinada pessoa, pelos danos ocasionados ao patrimônio ou à pessoa de outra, em consequência de um determinado fato antijurídico” (NORONHA, 2003, p. 472). É o elemento que liga o fato danoso ao responsável.

Geralmente, o fundamento de tal imputação é uma atuação culposa, porém, é possível haver imputação pelo risco. A conduta culposa é marcada pelo desrespeito de precedentes, que constituem deveres, que se fossem observados, evitariam o dano. Nesses casos, trata-se de atos ilícitos, os quais possuem dois elementos: a antijuridicidade, que é a violação do direito, e a culpabilidade, caracterizada pela presença da culpa ou dolo; fala-se, portanto, em responsabilidade subjetiva.

Existem ainda os casos de responsabilidade objetiva, fundada no risco, segundo a qual, quem exerce atividades que podem pôr em perigo pessoas e bens alheios, deve arcar com os prejuízos causados, independentemente de ter agido com culpa. Nesses casos, basta a ocorrência de atos ou fatos antijurídicos, para que se configure a obrigação de indenizar.

Mesmo omissões não culposas e fatos da natureza podem gerar essa responsabilidade objetiva, bastando para as primeiras que o responsável devesse ter agido, sem importarem as razões da não-atuação, e bastando para os segundos que tenham acontecido dentro da esfera jurídica sob controle do responsável (NORONHA, 2003, p. 473).

Dessa forma, na responsabilidade subjetiva, o fato gerador é sempre um ato ilícito em sentido estrito, ou seja, que apresente uma conduta dolosa ou culposa. Já na responsabilidade objetiva, o fato gerador é sempre um ato ou fato antijurídico, portanto, pode ser uma conduta humana, considerada independentemente de culpa, ou um fato natural.

c) Dano

“Dano é o prejuízo, de natureza individual ou coletiva, econômico ou não-econômico, resultante de ato ou fato antijurídico que viole qualquer valor inerente à pessoa humana, ou atinja coisa do mundo externo que seja juridicamente tutelada” (NORONHA, 2003, p. 474).

Primeiramente, é importante ressaltar que sem um dano, não há responsabilidade civil. Quanto à origem, o dano pode advir de ato ou fato antijurídico, incluindo todas as situações em que estes podem ocorrer, como atos justificados que afetem terceiros e fatos naturais relacionados a uma atividade.

Os danos podem ser pessoais ou materiais, conforme atinjam valores da própria pessoa lesada ou objetos do mundo externo. Assim, os danos pessoais são os que afetam bens pessoais como a integridade física (caso em que há danos corporais), psíquica ou moral (quando há danos anímicos, ou morais em sentido estrito). Por outro lado, os danos materiais consistem num prejuízo patrimonial (em que há danos patrimoniais), ou referem-se a valores insuscetíveis de avaliação pecuniária (danos extrapatrimoniais ou danos morais em sentido amplo). O prejuízo econômico pode se revelar pela efetiva diminuição do patrimônio, caso em que há dano emergente, ou pela frustração da perda de um acréscimo esperado, hipótese em que há lucro cessante.

O dano pode afetar pessoas certas e determinadas, quando se fala em danos individuais, ou pode atingir interesses coletivos ou transindividuais, caso em que há danos coletivos ou transindividuais.

Fernando Noronha (2003, p. 475, grifo do autor) lembra que “[...] todo direito desempenha uma função social e que qualquer obrigação, de responsabilidade civil ou não, só é objeto de tutela jurídica na medida em que vise realizar um *interesse legítimo do credor*, assim considerado do ponto de vista social”.

Logo, só haverá a obrigação de reparar um dano, se este corresponder a um interesse que seja socialmente sério e útil, para que se evitem alguns excessos, cometidos algumas vezes pela jurisprudência.

d) Nexo causal

“O nexo de causalidade é o elo que liga o dano ao fato gerador, é o elemento que indica quais são os danos que podem ser considerados como consequência do fato verificado [...] é talvez o requisito que mais dificuldades suscita” (NORONHA, 2003, p. 476).

A complexidade reside em estabelecer uma relação sensata de causa e efeito entre o fato gerador e o dano. Além disso, excepcionalmente, incide a responsabilidade objetiva agravada, em que uma pessoa é obrigada a reparar danos não causados por ela, nem por seus dependentes.

Para Fernando Noronha (2003, p. 476), a teoria da causalidade adequada ainda é aquela que consegue selecionar razoavelmente as condições que devem ser juridicamente consideradas causas de determinado dano, dentre todas as que contribuíram para a ocorrência dele.

Assim sendo, segundo essa teoria,

[...] um fato é causa de um dano quando este seja consequência normalmente previsível daquele. E para sabermos se ele deve ser considerado consequência normalmente previsível, devemos nos colocar no momento anterior àquele em que o fato aconteceu e tentar prognosticar, de acordo com as regras da experiência comum, se era possível antever que o dano viesse a ocorrer. Quando a resposta for afirmativa, teremos um dano indenizável. Os danos não indenizáveis serão aqueles que só se produziram devido a circunstâncias extraordinárias, a situações improváveis, que não seriam consideradas por um julgador prudente, ponderando as regras de experiência, comum e técnica (cf. art. 335 do Cód. Proc. Civil) (NORONHA, 2003, p. 476).

O nexo de imputação e o nexo de causalidade às vezes são confundidos, tendo em vista que ambos contêm a idéia previsibilidade. Existem casos em que tal idéia serve, ao mesmo tempo, tanto para afirmar a violação de uma regra de conduta, e assim determinar a existência de culpa do agente, como para averiguar se os danos foram causados pelo fato em questão.

e) Lesão de bem protegido

Diante da limitação das teorias de causalidade, ao delimitarem os danos realmente indenizáveis, e até mesmo diante da possibilidade de surgir uma responsabilidade objetiva agravada, que dispensa o nexo causal entre a atuação do responsável e o dano, os autores começaram a apelar para um novo pressuposto da responsabilidade civil: a lesão de um bem protegido pelo ordenamento jurídico, ou seja, o dano só é reparável, se tiver atingido um bem que seja tutelado juridicamente, que se encontre no âmbito de proteção da norma violada.

Apenas um exame da *ratio legis*, do escopo da norma, pode dizer quais são os valores, interesses e pessoas que ela almeja proteger, e, então, caso haja uma violação do bem protegido, somente esse exame pode determinar quais danos podem ser reparados e quais pessoas podem reivindicar a reparação destes.

É a teoria do escopo da norma violada, ou da relatividade aquiliana, que fundamenta a “limitação pelo ordenamento jurídico do princípio de reparação ampla e geral de todos e quaisquer danos a todas e quaisquer pessoas lesadas” (NORONHA, 2003, p. 478), uma vez que existem normas que visam tutelar uns danos, mas não outros, como só danos patrimoniais ou danos próximos, e normas que tem por escopo somente a tutela de algumas pessoas, não de outras, como normas que garantam a reparação por danos extrapatrimoniais, no caso de morte, só a alguns parentes.

1.3.2 Excludentes da responsabilidade civil

Se os pressupostos são as condições para a existência da responsabilidade civil, as excludentes são as causas que inviabilizam tal existência. As excludentes ou eximentes da responsabilidade liberam da obrigação de indenizar a pessoa a quem esta estava sendo atribuída e que poderá ser chamada de indigitado responsável.

As excludentes estão principalmente relacionadas à demonstração da inexistência de um nexo de imputação ou de um nexo de causalidade. Mas também podem estar previstas em alguns dispositivos legais, podem resultar dos prazos de prescrição previstos na lei, ou ainda podem ser convencionadas em cláusulas de isenção de responsabilidade ou cláusulas de não indenizar, dentro dos limites cabíveis, em acordos entre as partes interessadas. Seguem abaixo os quatro grupos de eximentes:

a) Excludentes ligadas aos nexos de imputação e de causalidade

Quando a responsabilidade é subjetiva, as excludentes podem estar ligadas ao nexo de imputação ou ao nexo de causalidade, assim, a pessoa indicada como responsável não será obrigada a indenizar se ela não houver causado o dano, ou se não houver agido culposamente.

Em caso de responsabilidade objetiva, como a responsabilidade independe de qualquer atuação culposa, a pessoa apontada como responsável se eximirá da obrigação de indenizar se os danos não forem causados por ela, nem por pessoa ou coisa sob sua guarda, ou ainda se não exercer atividades de risco.

Quando houver responsabilidade objetiva agravada, nem a demonstração de falta de nexo causal, ou seja, nem a comprovação de que a pessoa não causou os danos é capaz de eximi-la de responder por eles. A responsabilidade não é excluída nem por casos fortuitos ou de força maior, fatos de terceiro e até fatos do próprio lesado. Ressalta-se que essa hipótese só é verificada mediante determinadas atividades que possuam riscos inerentes ao seu desenvolvimento, considerados típicos delas. Então, a pessoa só se eximirá se comprovar que não exerce atividades de risco.

Algumas excludentes ligadas ao nexo de imputação consistem em atos justificados, os quais são condutas lícitas, em virtude de serem praticadas em momentos em que outro comportamento seria inexigível. Tais condutas correspondem às excludentes de ilicitude no direito penal (artigos. 23 a 25 do Código Penal), como a atuação em legítima defesa, em estado de necessidade ou no cumprimento de dever legal (artigo 188 do Código Civil). Todavia, é preciso enfatizar que os atos justificados só excluem a obrigação de indenizar os danos causados ao criador do estado de perigo, não a terceiros eventualmente atingidos, caso em que há responsabilidade objetiva por razões de equidade.

Verificam-se as excludentes ligadas ao nexo de causalidade com maior frequência, assim como estas se aplicam tanto na responsabilidade subjetiva, quanto na objetiva. Tais excludentes são: o caso fortuito ou de força maior, o fato de terceiro e o fato do próprio lesado.

b) Excludentes fundadas em dispositivos legais específicos

Fernando Noronha (2003, p. 522) afirma que existem hipóteses, muito raras, em que dispositivos legais excluem a obrigação de indenizar. Tais hipóteses praticamente se limitam aos casos de responsabilidade subjetiva por dolo ou culpa grave, em que a mera culpa não é suficiente para gerar a obrigação de indenizar. Nesses casos, princípios do ordenamento exigem que não haja exoneração de responsabilidade, devendo incidir sempre a reparação.

c) Excludentes da prescrição e decadência

A prescrição e a decadência (ou caducidade) constituem um dos problemas mais difíceis do Direito Civil, visto que são dois institutos muito próximos, sendo o limite que os distingue muito tênue. Ambos os institutos implicam a perda de um direito, transcorrido certo prazo; contudo, enquanto a decadência recai sobre direitos potestativos, a prescrição incide sobre direitos subjetivos propriamente ditos. Ou seja, a decadência recai sobre direitos que consistem apenas no poder que a pessoa tem de produzir efeitos jurídicos, ao passo que a prescrição incide sobre direitos que consistem no poder que a pessoa tem de exigir de outrem determinado comportamento, esse poder gera um dever que, se violado, gera, por sua vez, pretensões.

O Código Civil de 1916, na área da responsabilidade civil, quase não estabelecia prazos específicos de prescrição, motivo pelo qual se aplicava o prazo geral de vinte anos para as ações pessoais (previsto no artigo 177, correspondente ao artigo 205 do novo Código, que o reduziu para dez anos). Já o Código de 2002 fixou o prazo para a pretensão de reparação civil em três anos (artigo 206, § 3º, V).

No âmbito da responsabilidade civil, como esta tem por objeto direitos subjetivos (o direito de exigir o ressarcimento de um dano), o instituto da decadência quase que não tem aplicação. Nesta matéria, em regra temos prazos de caducidade quando o direito do credor à indenização só surge se ele previamente tiver de declarar que a prestação realizada está em desconformidade com a que era devida. O direito, que é potestativo, de manifestar essa desconformidade é que pode estar sujeito a um prazo de decadência (NORONHA, 2003, p. 525).

d) Cláusulas de não indenizar

As cláusulas de não indenizar são as cláusulas feitas num negócio jurídico, em benefício de uma parte, a qual se libera da obrigação de indenizar um eventual dano que venha a ocorrer e cuja obrigação recairia sobre ela.

As cláusulas de não indenizar se dividem em cláusulas de exclusão e de limitação da responsabilidade, estas limitam o valor da reparação devida, enquanto aquelas impedem o nascimento da obrigação de indenizar, desde que se verifiquem as circunstâncias nela previstas.

“Nem mesmo as cláusulas de exclusão podem excluir completamente a obrigação de indenizar, porque se tivessem o poder de isentar a pessoa de toda e qualquer responsabilidade, retirariam juridicidade à própria obrigação” (NORONHA, 2003, p. 526).

É interessante observar que os danos à pessoa (corporais e morais em sentido estrito) são protegidos por princípios de ordem pública, assim como os casos de

responsabilização em caso de dolo ou culpa grave, portanto, a sua reparação é medida que se impõe, uma vez que a obrigação de indenizar não pode ser previamente excluída ou limitada por cláusulas de não indenizar, as quais só valem para danos a coisas.

2 RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO

2.1 Conceito

2.1.1 Responsabilidade civil do Estado

Primeiramente, é preciso delimitar alguns conceitos, a fim de que se compreenda melhor a responsabilidade civil do Estado.

Assim, segundo José Afonso da Silva (2005, p. 97, grifo do autor):

Estado é, na justa definição de Balladore Pallieri, uma ordenação que tem por fim específico e essencial a regulamentação global das relações sociais entre os membros de uma dada população sobre um dado território, na qual a palavra ordenação expressa a idéia de poder soberano, institucionalizado. O Estado, como se nota, constitui-se de quatro elementos essenciais: um poder soberano de um povo situado num território com certas finalidades. E a constituição [...] é o conjunto de normas que organizam estes elementos constitutivos do Estado: povo, território, poder e fins.

O Estado Federal brasileiro é composto pela União, pelos Estados, pelo Distrito Federal e pelos Municípios, como se observa nos artigos 1º e 18 da Constituição Federal de 1988, e cada entidade componente da federação possui sua respectiva autonomia político-administrativa. Assim,

Dizer que a República Federativa do Brasil é formada pela *união indissolúvel* dos Estados e Municípios e do Distrito Federal não é diverso de dizer que ela compreende União, Estados, Distrito Federal e Municípios, porque *união indissolúvel* (embora com inicial minúscula) do art. 1º é a mesma União (com inicial maiúscula) do art. 18 (SILVA, 2005, p. 471, grifo do autor).

Nesse ponto, é preciso se fazer uma ressalva: a União não é pessoa jurídica de Direito Internacional, visto que é através dela que a República Federativa do Brasil se representa nas relações internacionais. Na verdade, o Estado federal, a República Federativa do Brasil, é que é a pessoa jurídica de Direito Internacional. As relações internacionais somente se realizam por intermédio da União, porque integram competência exclusiva desta (SILVA, 2005, p. 494).

No entanto, a União é pessoa jurídica de Direito Público interno (artigo 41, I, Código Civil), portanto, “nessa qualidade, é titular de direitos e sujeito de obrigações. Está sujeita, como qualquer pessoa, à responsabilidade pelos atos que pratica por seus órgãos e agentes e pode ser submetida aos Tribunais, como órgãos de jurisdicionais do Estado” (SILVA, 2005, p. 495).

Para José Afonso da Silva (2005, p. 655, grifo do autor), “*Administração Pública* é conjunto de meios institucionais, materiais, financeiros e humanos preordenados à

execução das decisões políticas”. Segundo José Afonso, essa noção simples revela que a Administração Pública é subordinada ao Poder político, por outro lado, que é meio, ou seja, algo que serve para atingir fins definidos, e denota os seus dois aspectos: um conjunto de órgãos a serviço do Poder político e as operações, as atividades administrativas.

Ainda segundo José Afonso da Silva (2005, p. 655, grifo do autor),

A organização administrativa no Estado Federal é complexa, porque a função administrativa é institucionalmente imputada a diversas entidades governamentais autônomas, que, no caso brasileiro, estão expressamente referidas no art. 37, de onde decorre a existência de várias Administrações Públicas: a federal (da União), a de cada Estado (Administração estadual), a do Distrito Federal e a de cada Município (Administração municipal ou local), cada qual submetida a um Poder político próprio, expresso por uma organização governamental autônoma.

E a complexidade aumenta, ao se considerar a possibilidade de descentralização de cada Administração, de modo que se forma, de um lado, a administração centralizada, consistente no conjunto de órgãos subordinados diretamente ao Poder Executivo de cada uma das esferas governamentais autônomas, chamada de Administração direta, e de outro lado, a administração descentralizada, formada por órgãos integrados nas muitas atividades personalizadas de prestação de serviços ou exploração de atividades econômicas, vinculadas a cada um dos Poderes Executivos das respectivas esferas governamentais, e, por isso, denominada de Administração indireta, e ainda a fundacional.

Enfim, o que se quer demonstrar, inicialmente, é que, apesar de a Administração Pública não possuir personalidade jurídica, os termos *Administração Pública* e *Estado* serão utilizados como sinônimos neste trabalho, tendo em vista que este tratará da responsabilidade civil do Estado especificamente no que tange aos atos administrativos típicos, ainda que o Estado seja também responsável pelos atos legislativos e jurisdicionais.

Nesse sentido, é interessante destacar que as pessoas jurídicas de direito público e as pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa. Além disso, a Administração Pública direta e indireta de qualquer dos Poderes de qualquer esfera político-administrativa deve obedecer aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência (artigos 41, 42, 43, Código Civil, e artigo 37, *caput* e § 6º, Constituição Federal).

O presente trabalho visa ainda ao estudo da responsabilidade em sentido estrito, ou responsabilidade geral, também chamada de extracontratual, desconsiderando a responsabilidade negocial, conhecida por contratual. Assim sendo, Celso Antônio Bandeira de Mello (2000, p.775) assegura que responsabilidade patrimonial extracontratual do Estado é a

[...] obrigação que lhe incumbe de reparar economicamente os danos lesivos à esfera juridicamente garantida de outrem e que lhe sejam imputáveis em decorrência de comportamentos unilaterais, lícitos ou ilícitos, comissivos ou omissivos, materiais ou jurídicos.

Odete Medauar (2007, p. 365) define a responsabilidade civil do Estado como sendo a “[...] obrigação a este imposta de reparar danos causados a terceiros em decorrência de suas atividades ou omissões [...]”.

Para Yussef Said Cahali (2007, p. 13), “entende-se a responsabilidade civil do Estado como sendo a obrigação legal, que lhe é imposta, de ressarcir os danos causados a terceiros por suas atividades”.

Hely Lopes Meirelles (2007, p. 649) afirma que “Responsabilidade civil da Administração é, pois, a que impõe à Fazenda Pública a obrigação de compor o dano causado a terceiros por agentes públicos, no desempenho de suas atribuições ou a pretexto de exercê-las”. Segundo ele, esta responsabilidade se distingue da contratual e da legal.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2002, p. 524) garante que “[...] a responsabilidade extracontratual do Estado corresponde à obrigação de reparar danos causados a terceiros em decorrência de comportamentos comissivos ou omissivos, materiais ou jurídicos, lícitos ou ilícitos, imputáveis aos agentes públicos”.

No entanto, diferentemente de Hely Lopes Meirelles, a autora entende que é errado falar em responsabilidade da Administração Pública, e enfatiza que:

Trata-se de dano resultante de comportamentos do Executivo, do Legislativo e do Judiciário, a responsabilidade é do *Estado*, pessoa jurídica; por isso é errado falar em responsabilidade da Administração Pública, já que esta não tem personalidade jurídica, não é titular de direitos e obrigações na ordem civil. A *capacidade* é do Estado e das pessoas jurídicas públicas ou privadas que o representam no exercício de parcela de atribuições estatais. E a responsabilidade é sempre civil, ou seja, de ordem pecuniária (DI PIETRO, 2002, p. 523, grifo da autora).

2.1.2 Responsabilidade civil do Estado e sacrifício de direito

A responsabilidade do Estado não deve ser confundida com a sua obrigação de indenizar os particulares nos casos em que a ordem jurídica autoriza o sacrifício de direitos privados. Esse sacrifício é verificado nas hipóteses em que a ordem jurídica prevê o eventual contraste entre dois interesses valiosos e merecedores de tutela: um público e outro, privado, sendo que, se um interesse público não pode ser realizado sem o sacrifício de um interesse privado, prevalece o primeiro, mas é estabelecido o dever de indenizar à pessoa cujo interesse foi sacrificado, então, opera-se uma conversão do direito atingido em sua equivalente expressão patrimonial.

Dessa forma, conforme Celso Antônio Bandeira de Mello (2000, p.776), quando a ordem jurídica estabelece um poder ao Estado de especificamente destruir um direito alheio, há um sacrifício de direito. Por outro lado, quando o poder concedido ao Estado e legitimamente exercido por este provoca, indiretamente, a lesão de direito alheio, como mera consequência, não como sua finalidade própria, diz-se que há responsabilidade do Estado por atos lícitos. Um exemplo típico de sacrifício de direito é a desapropriação, enquanto o nivelamento de uma rua, causando prejuízos para proprietários de casas que venham a ficar situadas abaixo ou acima do nível da rua, é um exemplo de responsabilidade do Estado por atos lícitos.

2.1.3 Responsabilidade civil do Estado e Estado de Direito

A responsabilidade do Estado, indubitavelmente, rege-se por princípios próprios, em razão de sua posição jurídica peculiar, que lhe impõe maior responsabilidade do que aos particulares, uma vez que as atividades estatais, de uma forma geral, produzem danos mais intensos que os passíveis de serem provocados pelos particulares. É certo que o Estado possui deveres dos quais não pode se afastar, dispõe do uso da força, e está sujeito a causar prejuízos enormes, logo, toda esta sua singularidade implica um tratamento específico em relação à responsabilidade que o envolve, sem o qual, os particulares estariam numa posição muito fragilizada, sem a devida proteção contra os riscos da atividade pública (MELLO, 2000, p. 778).

É nesse contexto que se insere a noção de Estado de Direito, pois, independentemente de qualquer ideologia, e até mesmo da influência da própria ideologia do Estado de Direito, a necessidade de se permearem as relações entre os particulares e o Poder Público com o Direito tem a função de garantir uma proteção maior aos indivíduos, haja vista a posição desfavorável em que eles se encontram perante o Estado.

Há que se lembrar ainda que os danos produzidos pelo Estado decorrem de atos que visam atender a interesses de toda a sociedade, não sendo justo que uns arquem com danos causados em benefício de todos.

Para Celso Antônio Bandeira de Mello (2000, p.781), a idéia de responsabilidade do Estado é uma consequência lógica inevitável da noção de Estado de Direito, pois só vem a comprovar a submissão do Poder Público ao Direito, até mesmo em respeito ao princípio da igualdade de todos perante a lei, acolhido pelo Estado Moderno.

Deste modo, resta inquestionável a existência do princípio da responsabilidade do Estado, ademais, a busca de regras de Direito Privado que sustentem tal princípio não faz nenhum sentido, visto que sua raiz encontra-se no próprio Estado de Direito.

2.1.4 Fundamentos

Celso Antônio Bandeira de Mello (2000, p. 788) alerta para o cuidado que se deve ter em não confundir as condições determinantes da responsabilidade do Estado com os seus fundamentos, pois saber quais são os requisitos necessários para que surja a obrigação de reparar o dano é diferente de saber qual é a justificativa de existir tal obrigação.

O motivo que embasa a existência da responsabilidade estatal é dividido por Celso Antônio em duas partes: uma referente aos atos ilícitos e outra, aos lícitos. No caso dos atos ilícitos, comissivos ou omissivos, o fundamento da obrigação de reparar o dano reside no princípio da legalidade, sendo que, no caso dos ilícitos comissivos, o dever de reparar é também imposto pelo princípio da igualdade. No caso de condutas lícitas, assim como naqueles de danos ligados a situação criada pelo Poder Público, mesmo que este não seja o autor do ato danoso, o fundamento é o princípio da igualdade.

2.1.5 Pressupostos

Considerando os pressupostos da responsabilidade civil, explicados no capítulo anterior, e enfatizando os três mais importantes, nexos de imputação, nexos causal e dano, é possível notar as especificidades destes, no que toca à responsabilidade civil do Estado.

Desta forma, quanto ao nexo de imputação, pode-se dizer que ele consiste não só na existência de pessoas jurídicas prestadoras de serviço público, agindo por meio de seus agentes públicos, para a realização de um serviço público, como também na conduta de agentes públicos que se aproveitam dessa condição para qualquer outro fim. Por sua vez, o nexo causal resume-se à relação de causa e efeito entre a prestação de um serviço público e o dano ocasionado em decorrência dessa prestação, de modo que tal relação deve ser analisada no caso concreto, segundo a teoria de causalidade mais apropriada. Quanto ao dano, este deve ser certo e violar um direito da vítima. A seguir, são analisados os dois elementos que compõem o nexo de imputação (as pessoas jurídicas e os agentes públicos), o nexo causal e o dano:

- a) Pessoas jurídicas prestadoras de serviço público

Odete Medauar (2007, p. 369) lembra que o Código Civil de 2002, em seu artigo 43, prevê a responsabilidade estatal objetiva, mas omite as pessoas jurídicas privadas prestadoras de serviços públicos, mencionadas no texto constitucional. Segundo o artigo 37, §6º, da Constituição Federal de 1988, há duas relações de responsabilidade: a do Poder Público e seus delegados na prestação de serviços públicos perante a vítima do dano, de caráter objetivo, baseada no risco administrativo, e a do agente causador do dano, perante a Administração ou empregador, de caráter subjetivo, calcada no dolo ou culpa.

Yussef Said Cahali (2007, p. 89) comenta a inovação trazida pela Constituição Federal de 1988, no seu artigo 37, §6º, quanto às pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público, que passaram a ser responsáveis por seus eventuais danos, sob o enfoque do serviço público prestado, não mais sob a ótica civil; em seguida, o autor descreve muito bem a contradição entre a ausência do Estado em determinados setores e a presença em outros:

Assim, premido pela necessidade de descentralização administrativa e progressiva intervenção na economia, vem pautando sua organização no sentido de um desdobramento contínuo, criando novas entidades, mais ágeis que as autarquias, para a realização dos objetivos a que a Administração se propõe; e, ao mesmo tempo em que transfere típicos serviços públicos a entidades por ele criadas, dotando-as, por vezes, de personalidade jurídica privada, ou mesmo a entidades particulares, concomitantemente passa a exercer *a latere*, direta ou indiretamente, uma atividade típica de intervenção econômica, na esfera privada, desempenhando, por si ou por organismos que lhe são vinculados, atividades marcadamente especulativas em que o intuito de ganho, em competição com o capital privado, transparece nítido, a ponto de ofuscar o próprio caráter público do serviço prestado (CAHALI, 2007, p. 90, grifo do autor).

Cahali afirma que, não obstante a inovação constitucional, os problemas somente se deslocaram do eixo da responsabilidade objetiva para o âmbito da natureza pública do serviço prestado. Enquanto no direito anterior, à época da vigência do artigo 107 da Constituição de 1969, que restringia a responsabilidade estatal às pessoas jurídicas de direito público, discutia-se a extensão dessa responsabilidade às demais pessoas jurídicas, com a novidade do artigo 37, §6º, da Constituição de 1988, a discussão mudou de foco, agora ela gira em torno do trinômio: pessoa jurídica de direito público- pessoa jurídica de direito privado- prestação de serviço público (CAHALI, 2007, p. 92).

Odete Medauar (2007, p. 369) assegura que para que as pessoas jurídicas se enquadrem no referido dispositivo constitucional, deve-se verificar se estas prestam serviços públicos, o que nem sempre é fácil, em razão da existência de uma concepção ampla e outra restrita do serviço público, bem como em razão da contraposição entre serviço público e atividade econômica. A autora diz que essa tarefa pode se torna menos difícil quando há

dispositivos constitucionais ou legais que atribuem a certas atividades a condição de serviço público.

O problema das pessoas jurídicas responsáveis pela prestação de serviços públicos passa pela dificuldade com a caracterização do serviço público, que, segundo Cahali (2007, p. 93), não é um conceito jurídico indeterminado, mas apenas um conceito cujo sentido se descobre no caso concreto, porque só aí surgem efeitos, já o conceito em abstrato não permite que se identifiquem todas as situações que se enquadram na noção. Outra questão que se coloca é que, considerando que as expressões *serviço público* e *atividade econômica* não se opõem, tendo em vista o conteúdo econômico de certos serviços públicos, o que se revela fundamental, para se determinar o alcance da norma constitucional, é distinguir o exercício da atividade econômica pública por parte de quem exerce normalmente atividade econômica privada.

A técnica atual utilizada pelo Poder Público para o desempenho desses serviços vem se desenvolvendo promiscuamente e sem critério uniforme, através da prestação centralizada ou da prestação descentralizada desses mesmos serviços, empregando para tanto inclusive pessoas jurídicas de natureza e constituição privada (CAHALI, 2007, p. 91).

Enfim, diante do aumento da área de atuação do Estado, e do desenvolvimento da Administração Pública, o artigo 37, §6º, suscita uma questão interessante, que vai além do fato de as pessoas jurídicas de direito privado também estarem sujeitas à responsabilidade civil objetiva fundada na teoria do risco: em função desse risco, o Estado, como delegante do serviço, autoridade concedente ou permissionária, dona da obra da empreitada, poderia ser responsabilizado solidária ou subsidiariamente pelos danos causados pelo delegado, concessionário, permissionário ou empreiteiro? Segundo Cahali (2007, p. 119), a doutrina e a jurisprudência anteriores se mostraram proveitosas e foram recepcionadas pelo atual direito constitucional.

Odete Medauar (2007, p. 369) esclarece melhor a questão, quando diz que, em relação às atividades vinculadas ao serviço público, as pessoas jurídicas de direito privado, de forma geral, respondem objetivamente, e, comprovada a negligência na fiscalização do contrato ou na escolha do contratado, em solidariedade com a Administração. Quanto às obras públicas realizadas por empreiteiras privadas contratadas, a responsabilidade pode ocorrer pelo fato da obra, em que responde somente a Administração, e por dolo ou culpa da empreiteira, em que a responsabilidade é solidária, da Administração e da empreiteira, podendo a vítima escolher quem vai acionar, ou acionar as duas.

b) Agentes públicos

No que toca à responsabilidade do agente público, de caráter subjetivo, é preciso relembrar o conceito de agente público, assim sendo, Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2002, p. 431) entende que “agente público é toda pessoa física que presta serviços ao Estado e às pessoas jurídicas da Administração Indireta”.

Hely Lopes Meirelles (2007, p. 74) apresenta a sua definição de agentes públicos como sendo “[...] todas as pessoas físicas incumbidas, definitiva ou transitoriamente, do exercício de alguma função estatal”.

Celso Antônio Bandeira de Mello (2000, p. 218) afirma que *agentes públicos* é uma expressão muito ampla, a qual designa genericamente “[...] os sujeitos que servem ao Poder Público como instrumentos expressivos de sua vontade ou ação, ainda quando o façam apenas ocasional ou episodicamente”.

Para Celso Antônio (2000, p. 790), agentes públicos, cujas condutas ensejam responsabilidade do Estado, são ainda todas as pessoas que, em qualquer nível de escalão, “[...] tomam decisões ou realizam atividades da alçada do Estado, prepostas que estão ao desempenho de um mister público (jurídico ou material), isto é, havido pelo Estado como pertinente a si próprio”. Assim, incluem-se nesse rol de pessoas desde as mais altas autoridades até os mais modestos trabalhadores.

O autor (2000, p. 791) afirma também que originam responsabilidade do Estado não só os danos produzidos no exercício da atividade pública do agente, mas também os que só puderam ser produzidos porque o agente se aproveitou da condição de agente público. Logo, não importa se o agente agiu com dolo ou culpa, nem se agiu dentro de suas competências, mas o que importa, para se verificar a incidência de responsabilidade estatal, num primeiro momento, é saber se a sua qualidade de agente público foi determinante para a conduta lesiva.

c) Nexô causal

Cahali cita as seguintes teorias acerca do nexô causal: teoria da equivalência das condições, teoria da causa próxima e da causa direta, teoria da causalidade eficiente, teoria negativa de Mayer, teoria da causalidade típica, teoria da causalidade adequada.

Depois de explicar as teorias relativas à relação de causalidade, Cahali (2007, p. 79) conclui que é necessário considerar, no caso concreto, se o dano sofrido pelo particular vincula-se direta e adequadamente ao ato (comissivo ou omissivo) imputado ao agente da Administração.

Finalmente, ressalva o STJ que, ‘em matéria de responsabilidade civil, havendo causalidade múltipla, cumpre precisar qual entre as circunstâncias fáticas é a causa eficiente do prejuízo. Se é certo que não se pode eleger arbitrariamente o fato gerador da responsabilidade, também não é adequado optar, de modo absoluto, em favor da chamada equivalência das condições. O meio-termo, ilustrado pelo exame de cada caso concreto, é a melhor solução’ (CAHALI, 2007, p. 80, grifo do autor).

d) Dano indenizável

Conforme Celso Antônio Bandeira de Mello (2000, p. 802), não é qualquer dano que enseja a responsabilidade do Estado, mas somente aquele que corresponde a uma lesão a um direito da vítima e aquele que seja um dano certo.

Assim, para ser indenizável, o dano deve causar uma lesão a um direito da vítima, causando uma lesão jurídica, que não deve ser confundida com dano econômico, visto que este é qualquer prejuízo sofrido por alguém, consistente em uma perda patrimonial, que elide total ou parcialmente algo que se tem ou se terá. O dano jurídico, por outro lado, vai além do dano econômico, atingindo bem a que se faz jus, a que se tem direito, em razão de proteção da ordem jurídica, que considera tal bem como pertinente ao lesado. Nesse sentido, o dano deve ser ilegítimo, independentemente de a conduta lesiva ser legítima ou não.

O dano reparável nem sempre pressupõe um dano econômico, pode haver apenas um dano moral, o qual pode acarretar efeitos econômicos prejudiciais para o lesado, ou não. A Constituição de 1988 prevê no artigo 5º, XI, a indenização por dano material ou moral, sem distinguir se o dano deve advir de pessoa de direito público ou privado.

Além de lesar um direito da vítima, o dano deve ser certo, o que significa que não pode ser eventual, possível, mas precisa ser real, ainda que seja futuro.

No entanto, no caso de comportamentos estatais lícitos, mais dois requisitos são necessários para que os danos sejam reparáveis: a especialidade e a anormalidade. Desta forma, dano especial é aquele que onera a situação específica de um ou alguns indivíduos, não constituindo um prejuízo genérico, a ser suportado por toda a sociedade. Dano anormal é aquele que ultrapassa a aceitação comum de alguns riscos de sujeição, supera os danos pequenos inerentes às condições de convívio social.

Portanto, não são indenizáveis as perdas de poder aquisitivo decorrentes de medidas econômicas estatais inflacionárias, em virtude de se tratar de dano genérico. Assim como não são indenizáveis situações como a intensificação de poeira numa via pública que esteja passando por consertos, nem providências constrangedoras, como revistas feitas por agentes policiais ou alfandegários, caracterizam dano moral, desde que sem excessos

vexatórios, pois tais situações consistem em danos aceitáveis, porque são inerentes às atividades de que decorrem.

No entanto, é possível encontrar entendimento diverso, como o de Lúcia Valle Figueiredo (2001, p. 276 - 277), que admite a hipótese de responsabilidade do Estado por danos resultantes de planejamento:

O problema será aferir, no caso concreto, a conduta estatal, a conduta do lesado (para verificação sobre se há de se colocar alguma excludente) e o dano causado. [...] é totalmente inviável excluir a responsabilidade do Estado por atos decorrentes de modificação do planejamento [...].

2.1.6 Excludentes

Conforme a classificação exposta no capítulo anterior, as principais excludentes pertinentes à responsabilidade civil do Estado são as seguintes:

a) excludentes e atenuantes de nexo de imputação e nexo causal

Não haverá responsabilidade do Estado ou esta incidirá de forma atenuada, se o serviço público não for a causa do dano, ou se não for a causa única dele. Além disso, às vezes, os tribunais aplicam a teoria da culpa administrativa ou culpa anônima do serviço público.

Desta forma, se a responsabilidade for analisada sob a perspectiva da teoria da culpa administrativa, considerando a responsabilidade estatal como subjetiva, a ausência de culpa do serviço (serviço não prestado, mal prestado, ou com demora) exclui a responsabilidade do Estado.

Sob a ótica da teoria do risco administrativo, a responsabilidade é objetiva, logo, a responsabilidade estatal só não incidiria se o dano não fosse causado por atividades prestadoras de serviço público, não ficando comprovado o nexo causal entre o dano e o serviço público prestado, ou ainda se não houvesse comprovação da existência de um dano reparável. Já pela teoria do risco integral, lembrando que se trata de casos excepcionalíssimos, a responsabilidade é agravada, bastando para o dever de indenizar a existência de um dano, ou seja, a única hipótese de excluir a obrigação de indenizar seria a de ausência de comprovação de um dano indenizável.

b) excludente de prescrição

Conforme já explicado no capítulo anterior, segundo o entendimento de Fernando Noronha, a prescrição é uma das causas excludentes de responsabilidade civil.

Nesse sentido, no tocante à responsabilidade do Estado, o artigo 1º-C, acrescentado à Lei nº 9.494/97 pela Medida Provisória nº 2.180-35/2001, estabelece que “prescreverá em cinco anos o direito de obter indenização dos danos causados por agentes de pessoas jurídicas de direito público e de pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviços públicos”, incluindo entre estas últimas qualquer entidade que preste serviço público a qualquer título (DI PIETRO, 2002, p.538).

2.1.7 Direito de regresso

Sem se aprofundar no campo processual, em que se discute a possibilidade de denúncia da lide ao agente público, com relação ao direito de regresso, cabem algumas observações pertinentes quanto ao seu escasso uso na jurisprudência brasileira.

É interessante observar que a responsabilidade objetiva é um avanço no sentido de proteção dos indivíduos, visto que consagra a solidariedade como fundamento para a reparação do dano, sempre que uma pessoa ou um grupo de pessoas sofrer um prejuízo de forma diferenciada em relação aos demais membros da sociedade.

Porém,

O que se questiona [...] é se a aplicação da teoria do risco, tal como vem sendo feita pela jurisprudência brasileira, tem, de fato, correspondido a esse ideal de solidariedade social. E se, além disso, tem estado presente o elemento da reeducação da Administração Pública e dos agentes públicos para que se previnam as condutas que originaram o dever de reparação; em suma, para que não se resolvam os casos futuros em novas indenizações evitáveis (BUCCI, 2002, p.189).

Nesse sentido,

O Estado faz tudo, pode tudo e paga tudo. Em contrapartida, o Estado que faz tudo e que paga tudo está cada vez mais distante da sociedade que lhe dá fundamento de existência. A separação entre Estado e sociedade civil, no Brasil, ganha força pelo modo como é tratada a questão da responsabilidade civil do Estado.

A contradição entre a responsabilidade civil do Estado e o princípio da eficiência residiria no fato de que condutas imputáveis à Administração Pública nem sempre concretizam o dito interesse público. Muitas vezes, ao contrário, atos ou omissões imputadas ao Estado ocasionam danos ao patrimônio privado de pessoas físicas e jurídicas (BUCCI, 2002, p.189).

Na França, a utilização ampla da responsabilidade objetiva se deve à atuação do Conselho de Estado, e se explica pela dicotomia existente entre a sensibilidade do juiz diante de uma situação em que a equidade exige a reparação do dano, e, por outro lado, a sua recusa em censurar a conduta administrativa danosa, perante a pessoa pública em causa. Essa política é explicável na França, tendo em vista a superposição das funções do Conselho de Estado, que, ao mesmo tempo, é centro de controle e de organização da Administração,

mas no Brasil, não se justifica, a não ser por uma explicação de cunho político-social (BUCCI, 2002, p.219).

Maria Paula Dallari Bucci conclui que mesmo quando se trata de dolo ou culpa, o que se nota é a omissão da Administração em exercer o seu direito de regresso, o que muitas vezes reitera a produção do dano, como se não existisse o princípio da indisponibilidade do interesse público, que obriga a Administração a zelar pelo patrimônio público, devendo tomar todas as medidas legais cabíveis para a reparação dos danos a ele causados, qualquer que seja o autor.

2.1.8 Direito internacional

É interessante observar que a responsabilidade do Estado não está restrita ao âmbito do direito interno, mas alcança o direito internacional.

Nesse sentido,

O direito internacional público da responsabilidade é fundado sobre o princípio da fundamental em que duas condições devem ser reunidas para fazer nascer a obrigação de reparação: a ilicitude do fato gerador do dano e a existência de um dano sofrido por um sujeito de direito internacional.

O fato ilícito pode ser a violação de uma norma, de uma obrigação de resultado ou de uma obrigação de diligência. A responsabilidade internacional pode ser envolvida por uma omissão, tanto quanto por uma atuação (VARELLA, 2006, p. 148).

É importante ter em mente que só incide responsabilidade internacional se um direito for violado, não basta que um interesse tenha sido lesado. Além disso, o direito internacional exige que exista uma ligação de causalidade entre o fato ilícito e o dano sofrido.

Por outro lado, vale lembrar que, se o dano não prejudicar diretamente o Estado, mas um de seus membros, a proteção diplomática poderá ser aplicada, e, então, o Estado causador do dano assumirá o fato danoso e responderá por tal dano em face do Estado protetor, que substituirá o particular. Assim, será aplicado o direito internacional público.

Contudo, existem situações excepcionais em que a responsabilidade internacional dos Estados se baseia na teoria do risco. São casos que dependem do regime instituído por convenções específicas, relativas a atividades bem determinadas, como, por exemplo, as atividades espaciais, que são regidas pela convenção internacional para danos provocados por objetos espaciais, assinada em Londres, em 1972, segundo a qual, “um Estado de lançamento tem a responsabilidade absoluta de pagar uma reparação pelo dano causado por seu objeto na superfície da Terra ou às aeronaves em voo” (VARELLA, 2006, p. 150).

O fato é que, embora haja certa resistência por parte dos Estados em aceitar uma socialização de riscos em nível internacional, o direito internacional da responsabilidade,

que surgiu no final do século XIX, desenvolve-se atualmente de forma ampla, tendo em vista, sobretudo, a preocupação em proteger o meio ambiente, o que ocorre através de uma abordagem geral, “baseada na noção de globalidade, no conceito de desenvolvimento sustentável, no dever de prevenção, no princípio da precaução e no princípio do poluidor-pagador” (VARELLA, 2006, p. 148). Todavia, é necessário que os instrumentos aplicáveis passem de princípios a compromentimentos precisos e efetivos, o que se verifica por meio de determinadas convenções relativas a atividades de risco.

2.2 Evolução histórica

2.2.1 Teoria da irresponsabilidade

Quando se falou no Estado de Direito, comentou-se que a evolução da responsabilidade do Estado, no sentido de se tornar cada vez mais ampla, deve-se à necessidade de proteção dos particulares diante das atividades do Estado. Considerando essa noção introdutória, parte-se agora para a análise da evolução histórica.

Não obstante a responsabilidade do Poder Público decorra diretamente do Estado de Direito, nem sempre se pensou assim: antigamente, na época dos Estados absolutos, não se cogitava a idéia da responsabilidade do Estado, pois este era visto como autoridade incontestável perante o súdito. E sob o argumento de que o Estado tutelava o Direito, não se concebia a idéia de que aquele poderia agir contra este. Para esta teoria, quando um funcionário viola o direito, causando prejuízos, não opera em nome do Estado, mas se separa deste, agindo como simples particular.

Mesmo antes da formação dos Estados absolutos, já vigia tal teoria, assim, no direito romano, predominou a onipotência do príncipe e, na Idade Média, o senhor feudal também não respondia pelos danos causados ao vassalo (CRETELLA JÚNIOR, 2001, p. 85).

Aos poucos, esta teoria foi sendo abandonada, na medida em que se tornou evidente a injustiça que ela causava, e em que se percebeu que precisamente por zelar pelo Direito, o Estado, como pessoa jurídica que é, deveria responder pelos danos que eventualmente causasse (DI PIETRO, 2002, p. 525).

2.2.2 Teorias civilistas

No século XIX, a tese da irresponsabilidade foi superada. Inicialmente, entendeu-se que a responsabilidade estatal advinha da idéia de culpa, adotando os princípios do Direito Civil.

a) Teoria dos atos de império e de gestão

Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2002, p. 525) assevera que, numa primeira fase, era feita uma distinção entre atos de império e atos de gestão, de modo que os primeiros eram os praticados pela Administração com todas as prerrogativas de autoridade, sendo impostos unilateral e coercitivamente aos particulares, independentemente de autorização judicial, e sendo regidos por um direito especial; já os segundos eram os praticados pela Administração em situação de igualdade com os particulares, com o objetivo de conservar o patrimônio público e gerir os seus serviços, sendo aplicado o direito comum, da mesma forma que aos particulares. E, deste modo, os atos de império não geravam a obrigação de indenizar, enquanto os atos de gestão, sim. A pessoa do Rei, insuscetível de errar, diferenciava-se da pessoa do Estado, que praticava os atos de gestão por meio de seus prepostos.

b) Teoria da culpa civil ou da responsabilidade subjetiva

Essa distinção foi sendo abandonada, porém, muitos autores permaneciam apegados à doutrina civilista, exigindo a culpa para configurar a responsabilidade do Estado. A teoria da culpa civil ou da responsabilidade subjetiva buscava equiparar a responsabilidade do Estado à do patrão pelos atos dos empregados ou prepostos.

2.2.3 Teorias publicistas

Aos poucos, os princípios de direito privado foram sendo substituídos pelos de direito público, no campo da responsabilidade do Estado. Nesse sentido, o caso Blanco foi um marco para a construção das teorias publicistas de responsabilidade estatal. Esse caso, resolvido pela jurisprudência francesa, consistiu na ação civil promovida pelo pai da menina Agnes Blanco, atropelada por um vagão da Cia. Nacional de Manufatura do Fumo, tendo por base a alegação de que o Estado é civilmente responsável por prejuízos causados a terceiros, decorrentes de comportamentos danosos de seus agentes. Levantado o conflito de competência entre a jurisdição comum e a administrativa, o Tribunal de Conflitos decidiu que esta última deveria solucionar o problema, porque estava em questão o funcionamento de um serviço público, e o Estado não poderia se reger pelos princípios do Código Civil, devido à sua natureza singular, e às regras especiais que o regulavam. Estava aberto o caminho para a formulação das teorias publicistas da responsabilidade do Estado.

a) Teoria da culpa do serviço público ou da culpa administrativa

A teoria da culpa do serviço ou da culpa administrativa ou do acidente administrativo desvincula a responsabilidade do Estado da idéia de culpa do funcionário, daí surge o conceito de culpa anônima do serviço público, a qual ocorre quando o funcionário não é identificável, e o serviço não funcionou (omissão), funcionou atrasado ou funcionou mal.

“Sem abandonar essa teoria, o Conselho de Estado francês passou a adotar, em determinadas hipóteses, a *teoria do risco*, que serve de fundamento para *responsabilidade objetiva do Estado*” (DI PIETRO, 2002, p. 527, grifo da autora).

b) Teoria do risco integral ou administrativo ou teoria da responsabilidade objetiva

De acordo com essa teoria, baseada no princípio da igualdade, como os benefícios derivados da atuação estatal são repartidos entre todos, os prejuízos sofridos por alguns membros da sociedade também devem ser. Quando alguém sofre um ônus maior que o suportado pelos outros, perde-se o equilíbrio entre os encargos sociais, e ele deve ser restaurado através de uma indenização do Estado. A noção de culpa é substituída pela de nexo causal entre o funcionamento do serviço público e o dano sofrido pelo administrado, sendo indiferente que o serviço tenha funcionado bem ou mal. A responsabilidade objetiva desconsidera os elementos subjetivos de dolo ou culpa, baseia-se na teoria do risco, entendendo que as atividades do Estado envolvem um risco inerente de dano.

Para Hely Lopes Meirelles (2007, p. 650-652), a teoria do risco se divide em risco administrativo, que admite as causas excludentes de responsabilidade do Estado, e risco integral, que não admite. Maria Sylvia (2002, p. 527) afirma que, todavia, a maioria da doutrina não faz essa distinção e considera os dois termos como sinônimos, ou considera risco administrativo como acidente administrativo, ou ainda admite excludentes mesmo em caso de risco integral.

Cahali, citado por Maria Sylvia (2002, p. 528), critica essa diferença feita por Hely Lopes Meirelles, tendo em vista que ela não se funda em critérios conceituais, mas sim se baseia apenas nos efeitos tidos como diferenciadores, conforme a aceitação ou não das causas excludentes de responsabilidade. Diz que tais efeitos não são explicados quanto à natureza da mencionada distinção e que, na verdade, todo caso admite a hipótese de atenuantes e excludentes.

Maria Sylvia (2002, p. 528) conclui que as divergências são mais terminológicas no que toca à designação das teorias, pois todos parecem concordar com o fato de que se trata de responsabilidade objetiva, pela qual basta saber se o dano se originou do

funcionamento de um serviço público, não importando se este foi regular ou não, bem como parecem concordar com a existência de circunstâncias que excluem ou diminuem a responsabilidade do Estado.

Por fim, Celso Antônio Bandeira de Mello (2000, p. 780) fala que o ponto extremo da responsabilidade do Estado e em direção ao qual se caminha, é a teoria do risco social, que se estende a danos não imputáveis ao Poder Público.

2.3 Responsabilidade do Estado no Brasil

2.3.1 Responsabilidade do Estado no Brasil

Segundo Di Pietro (2002, p. 528), “A teoria da irresponsabilidade do Estado não foi acolhida pelo direito brasileiro; mesmo não havendo normas legais expressas, os nossos tribunais e doutrinadores sempre repudiaram aquela orientação”.

As Constituições de 1824 e 1891 estabeleciam somente a responsabilidade de funcionário por comportamento abusivo ou omissivo praticado por ele no exercício de suas funções, porém, durante nessa época, havia leis ordinárias que previam a responsabilidade do Estado, considerada solidária com a dos funcionários.

O Código Civil de 1916 estabeleceu, no seu artigo 15, que as pessoas de direito público respondiam pelos atos dos seus representantes que nessa qualidade causassem danos a terceiros, procedendo de modo contrário ao direito ou descumprindo dever legal, salvo direito regressivo contra os causadores do dano. A falta de precisão do dispositivo levou alguns autores a aplicarem a responsabilidade objetiva, ainda que a idéia de exigência de culpa do funcionário estivesse contida naquele dispositivo (DI PIETRO, 2002, p. 529).

A Constituição de 1934, em seu artigo 171, previu o princípio da responsabilidade solidária entre o Estado e o funcionário. E a Constituição de 1937 manteve essa norma no seu artigo 158.

A Constituição de 1946 inovou com a responsabilidade objetiva, assim, conforme seu artigo 194, as pessoas de direito público interno eram civilmente responsáveis pelos danos que seus funcionários, nessa qualidade, causassem a terceiros, e, de acordo com o parágrafo único, cabia ação regressiva contra os funcionários causadores do dano, em caso de culpa destes.

A Constituição de 1967 permaneceu com essa norma no seu artigo 105, mas acrescentou, no seu parágrafo único, que a ação regressiva seria cabível em caso de dolo ou culpa. Na Emenda nº 1, de 1969, a norma foi mantida no artigo 107.

A Constituição de 1988, no seu artigo 37, §6º, incluiu as pessoas de direito privado prestadoras de serviços públicos como responsáveis pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurando o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

Deste modo, a Constituição prevê duas regras: a da responsabilidade objetiva do Estado e a da responsabilidade subjetiva do funcionário, de modo que só se exige a demonstração de dolo ou culpa para o direito de regresso contra o funcionário, não para as ações contra as pessoas jurídicas, pois estas respondem objetivamente por eventuais danos.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2002, p. 529) sustenta que o artigo 37, §6º, da Constituição exige, para haver responsabilidade objetiva, que se trate de pessoa jurídica de direito público ou de direito privado prestadora de serviços públicos (fundações governamentais de direito privado, empresas públicas, sociedades de economia mista, empresas permissionárias e concessionárias de serviços públicos); que essas entidades prestem serviços públicos, já que quando entidades da Administração indireta executam atividade econômica de natureza privada não se aplica a regra constitucional, mas a responsabilidade disciplinada pelo direito privado; que haja um dano causado a terceiros em decorrência da prestação de um serviço público (dano e nexo causal); que o dano seja causado por agente das pessoas jurídicas mencionadas, o que abrange todas as categorias de agentes políticos, administrativos ou particulares em colaboração com a Administração, sem interessar o título sob o qual prestam serviço; que o agente, ao causar o dano, aja nessa qualidade, pois ele só responderá se estiver agindo no exercício de suas funções.

2.3.2 Atos jurisdicionais

Os juristas divergem no que toca à responsabilidade do Estado por atos jurisdicionais: os que são contra essa responsabilidade argumentam que o Poder Judiciário é soberano; que os juízes devem ser independentes no exercício das suas funções, sem o temor de que as suas decisões possam ensejar a responsabilidade do Estado; que o juiz não é funcionário público; que a indenização por dano decorrente de decisão judicial ofenderia a regra da imutabilidade da coisa julgada, pois implicaria o reconhecimento de que a decisão foi proferida com violação da lei (DI PIETRO, 2002, p. 533).

Quanto à soberania, ela é do Estado e representa o poder máximo, acima do qual não existe outro, ela é una e aparece nas relações externas com os outros Estados. Esse argumento não é válido para eximir o Judiciário de responsabilidade, porque os três poderes não são soberanos, mas devem obediência à lei e principalmente à Constituição; assim, se

esse argumento fosse válido, o Estado jamais responderia por qualquer dano, inclusive os praticados pelo Poder Executivo.

A necessidade de independência, por sua vez, não deve impedir a possibilidade de responsabilização do Judiciário, pois ela está inerente a cada um dos poderes, e o mesmo temor de causar danos afetaria o Poder Legislativo e o Executivo.

Quanto a não ser o juiz funcionário público, o argumento não é aceitável, no direito brasileiro, em que ele ocupa cargo público criado por lei e se enquadra no conceito legal dessa categoria funcional. Ainda que se entendesse ser ele agente público, seria abrangido pela norma do artigo 37, §6º, da Constituição Federal, que emprega precisamente o vocábulo *agente* para abranger todas as categorias de pessoas que, a qualquer título, prestam serviços ao Estado (DI PIETRO, 2002, p. 534, grifo da autora).

Em relação à coisa julgada, o argumento seria o de que ela seria ofendida, caso fosse reconhecida a responsabilidade do Estado por ato jurisdicional. A revisão criminal e a ação rescisória constituem verdadeira limitação à coisa julgada, sendo que, no caso de revisão criminal, a responsabilidade do Estado é inquestionável, estando garantida no art.5º, LXXV, da Constituição Federal e também no artigo 630, do Código de Processo Penal. No entanto, os juristas se dividem nos casos em que a ação rescisória não soluciona o problema, porque prescreveu, ou foi julgada improcedente, pois a decisão se torna imutável.

Para Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2002, p. 534), o fato de o Estado ser condenado a reparar os danos decorrentes de um ato judicial não implica a mudança desta decisão, não afeta a imutabilidade da coisa julgada, visto que as partes permaneceriam ligadas aos efeitos desta, e o Estado responderia pelos prejuízos que esta causou a uma das partes, em decorrência de erro judiciário.

2.3.3 *Atos legislativos*

No que concerne aos atos legislativos, a regra é a irresponsabilidade, sustentada pelos seguintes argumentos: o Poder Legislativo atua com soberania, podendo criar, alterar, revogar e extinguir situações, sem qualquer restrição que não decorra da própria Constituição; as normas são gerais e abstratas, portanto, os ônus causados por elas atingem a todos igualmente, e não violando o princípio da igualdade, não se falaria em responsabilidade do Estado; os cidadãos não poderiam responsabilizar o Estado por atos de parlamentares eleitos por eles mesmos.

Em contraposição a esses argumentos, verifica-se que, apesar de exercer parcela da soberania, o Legislativo não é soberano, mas sim está subordinado à Constituição, o que faz incidir a responsabilidade do Estado quando resultante da edição de leis

inconstitucionais; por outro lado, nem sempre a lei produz efeitos gerais e abstratos, então o Estado deve responder pelos danos causados por leis que atinjam pessoas determinadas, mesmo que se trate de normas constitucionais; já a eleição de parlamentar consiste precisamente na delegação do poder de fazer leis constitucionais (DI PIETRO, 2002, p. 532).

Entretanto, é preciso lembrar que a responsabilidade por leis inconstitucionais depende de prévia declaração do vício pelo Supremo Tribunal Federal. Além disso, o mesmo raciocínio vale para os atos normativos do Poder Executivo, como resoluções e portarias, os quais podem gerar a responsabilidade do Estado, em virtude do reconhecimento de sua inconstitucionalidade ou ilegalidade.

Enfim, em se tratando de responsabilidade do Estado, deve-se ter sempre em mente a noção de Estado de Direito, de modo a lembrar que o Estado está submetido, sobretudo, aos princípios da legalidade e igualdade, visto que estes constituem os verdadeiros fundamentos da responsabilidade do Estado.

3 Responsabilidade civil do Estado por atos omissivos da Administração Pública

3.1 Conceito

3.1.1 Omissão

As condutas humanas se dividem em comissivas e omissivas. As primeiras consistem nas condutas positivas, ou seja, aquelas em que a pessoa pratica determinada ação. As segundas são aquelas em que a pessoa se abstém de determinado comportamento, deixa de agir, incorrendo numa omissão.

Conforme ensina Cavalieri Filho (2006, p.48), a ação ou omissão é o aspecto físico, objetivo, da conduta, já a vontade é o seu aspecto psicológico, ou subjetivo. Assim, fora do domínio contratual, na responsabilidade civil do particular, observa-se com maior frequência a ação, como causa de responsabilidade civil, visto que os deveres jurídicos, nessa área, normalmente consistem em abstenções da prática de atos lesivos.

No âmbito da responsabilidade estatal, ao contrário, a omissão adquire importância, diante dos inúmeros deveres jurídicos que impõem a prática de atos administrativos. Considerando também a hipertrofia pela qual o Estado vem passando, são muitos os deveres de condutas positivas impostos ao Poder Público, o que aumenta a importância da omissão nessa área (ROSA, 1996, p. 65).

José Cretella Júnior citado por Carlos Roberto Gonçalves (2003, p. 178, grifo nosso), assegura que

Omitindo-se, o agente público também pode causar prejuízos ao administrado e à própria administração. A omissão configura a culpa 'in omittendo' e a culpa 'in vigilando'. São casos de 'inércia', casos de 'não-atos'. Se cruza os braços [sic] ou se não vigia, quando deveria agir, o agente público omite-se, empenhando a responsabilidade do Estado por 'inércia' ou 'incúria' do agente. Devendo agir, não agiu. Nem como o 'bonus pater familiae', nem como o 'bonus administrator'. Foi negligente, às vezes imprudente e até imperito. Negligente, se a solécia o dominou; imprudente, se confiou na sorte; imperito, se não previu as possibilidades da concretização do evento. Em todos os casos, culpa, ligada à idéia de inação, física ou mental.

No entanto, o próprio Carlos Roberto Gonçalves (2003, p. 37, grifo nosso) não menciona a culpa ao garantir que: “Para que se configure a responsabilidade por omissão é necessário que exista o *dever jurídico* de praticar determinado fato (*de não se omitir*) e que se *demonstre* que, com sua prática, o dano poderia ter sido evitado”.

Silvio Rodrigues (2003, p. 309, grifo nosso) diz que “o ato ilícito pode advir não só de uma ação, mas também de omissão do agente. Em todo caso decorre sempre de uma sua *atitude, quer ativa, quer passiva, e que vai causar dano a terceiro*”. Primeiramente, de acordo com as palavras do próprio jurista, conclui-se que a omissão também pode ser a causa de danos. Além disso, o autor ressalta que a omissão (atitude passiva), *geralmente*, caracteriza-se pela negligência, mas nem sempre:

A atitude ativa consiste em geral no ato doloso ou imprudente, enquanto a *passiva, via de regra, retrata-se pela negligência*. O empresário de um circo que esquece a porta da jaula aberta, permitindo que uma fera ataque espectadores, pratica ato ilícito por omissão, pois não tomou as medidas de segurança que lhe cumpria tomar. *A omissão só ocorre quando o agente, tendo o dever de agir de determinada maneira, deixa de fazê-lo* (RODRIGUES, 2003, p. 310, grifo nosso).

Assim, a omissão caracteriza-se pela inatividade, abstenção de uma conduta devida, que, por si só, como atitude negativa, não tem o poder de gerar danos, mas que

[...] adquire relevância jurídica, e torna o omitente responsável, quando este tem *dever jurídico de agir, de praticar um ato para impedir o resultado*, dever, esse, que pode advir da lei, do negócio jurídico ou de uma conduta anterior do próprio omitente, criando o risco da ocorrência do resultado, devendo, por isso, agir para impedi-lo (CAVALIERI FILHO, 2006, p. 48, grifo do autor).

É possível perceber que a existência de uma omissão depende do descumprimento de um dever jurídico anterior, estabelecido na lei, no contrato, no ato unilateral de vontade, no ordenamento jurídico, ou até mesmo consistente no dever geral de não prejudicar ninguém (*neminem laedere*), como já mencionado no primeiro capítulo. Outro aspecto a ser observado é que a omissão, geralmente, caracteriza-se pelo elemento subjetivo culpa, mais precisamente pela negligência, mas a culpa não é requisito obrigatório para que alguém se omita e, com isso, cause danos, sendo possível haver omissão sem culpa.

Como exemplo de uma situação em que o Estado se omite sem culpa, pode-se citar o caso de uma pessoa que realize um exame de HIV em laboratório público e que obtém resultado positivo. Mais tarde, resolve fazer um novo exame e descobre que não estava infectado com o vírus, sendo que houve um equívoco no primeiro exame: fica claro que a pessoa sofreu dano moral, mas o motivo do equívoco no resultado pode provir de culpa ou não, pois é possível que um terceiro tenha trocado os exames sem que o agente público tivesse notado, de forma que, neste caso, o Estado haveria cometido uma omissão, porém não haveria procedido com culpa, devendo responder pelo dano mesmo assim.

Outro exemplo seria o de agressão entre crianças numa escola pública, ou entre presos num estabelecimento prisional, ou ainda entre pessoas internadas num hospital público. Considerando que o Estado tomou todos os cuidados necessários para o desenvolvimento normal das atividades relacionadas a determinado estabelecimento público,

de forma que não permitiu a entrada de objetos perigosos no estabelecimento, não contratou mais profissionais apenas por falta de recursos, ou havia menos profissionais em determinada ocasião por motivo alheio à atuação estatal, como uma greve ou quantidade grande de agentes públicos em licença, é possível concluir que o Estado não foi negligente, imprudente ou imperito, logo, não incorreu em culpa. Contudo, sua conduta foi omissiva, porque a falta de uma ação de um agente público permitiu que o dano ocorresse. Comprovado o nexo causal entre a omissão e o dano, o Estado deve ser responsabilizado, independentemente de culpa, mas pelo risco de sua atividade.

Quanto à questão que se refere à possibilidade de a omissão ser a causa do dano, Cavalieri Filho (2006, p. 71, grifo nosso) adverte que:

A relação causal, portanto, estabelece o vínculo entre um determinado comportamento e um evento, permitindo concluir, com base nas leis naturais, *se a ação ou omissão do agente foi ou não a causa do dano*. Determina se o resultado surge como consequência natural da voluntária conduta do agente.

Nesse sentido, é preciso demonstrar que, sem o fato alegado, o dano não teria ocorrido. Todavia,

O problema torna-se um pouco mais complexo nas hipóteses de *causalidade múltipla*, isto é, quando há uma cadeia de condições, várias circunstâncias concorrendo para o evento danoso, e temos que precisar qual dentre elas é a causa real do resultado (CAVALIERI FILHO, 2006, p. 71, grifo do autor).

Sendo assim, tratando-se de ação ou omissão, o problema reside em saber qual é a condição adequada, ou seja, a que, de acordo com a experiência comum, for a mais apropriada para produzir o evento.

Para se estabelecer a causa de um dano é preciso se fazer um juízo de probabilidades, de modo que se ficar claro que a ação ou a omissão era adequada para produzir o dano, então, este é objetivamente imputável ao agente (CAVALIERI FILHO, 2006, p. 74).

Segundo Aguiar Dias, citado por Cavalieri Filho (2006, p. 74), fala-se em oportunidade melhor e mais eficiente de evitar o dano, e não em causa.

Não obstante, Cavalieri Filho (2006, p. 88, grifo nosso) lembra que:

Dessa forma, embora *a omissão não dê causa* a nenhum resultado, *não desencadeie qualquer nexo causal*, *pode ser causa* para não impedir o resultado.

Ora, não impedir significa permitir que a causa opere. O omitente, portanto, coopera na realização do evento com uma condição negativa: [...] Responde por esse resultado *não porque o causou* com a omissão, *mas porque não o impediu*, realizando a conduta a que estava obrigado.

As palavras do jurista comprovam a falta de um limite claro entre os conceitos de causa e condição, já que o autor fala que a omissão não dá causa ao resultado, mas pode ser causa para não impedi-lo, demonstrando que o que importa é o elemento que

mais contribuiu para a produção do dano, seja ele denominado causa ou condição. Nesse sentido, é interessante notar que “[...] a própria filosofia jurídica está longe de uma discriminação conceitual entre ‘causa’ e ‘condição’ [...]” (CAHALI, 2007, p. 220).

Deste modo, diante dos inúmeros deveres jurídicos estatais consistentes na prestação de condutas positivas, bem como considerando a necessidade de se delimitar a incidência de responsabilidade civil, para evitar que o Estado se transforme num segurador universal, a omissão do Estado se divide, consoante o entendimento de Cavalieri Filho (2006, p. 261), em omissão genérica e específica. Esta se refere aos comportamentos omissivos que violam diretamente direito da vítima e que, assim, podem causar danos, gerando a obrigação de indenizar. Aquela consiste numa omissão, como o próprio nome diz, genérica, incapaz de causar danos e, portanto, formar o nexo causal necessário para que haja a obrigação de indenizar. Logo, “haverá omissão específica quando o Estado, por omissão sua, crie a situação propícia para a ocorrência do evento em situação em que tinha o dever de agir para impedi-lo”.

Para se exemplificar a diferença entre os tipos de omissão, tem-se a seguinte situação: a Administração não poderá responder pelos danos que um motorista embriagado cause, ao matar pedestre que esteja na calçada, tendo em vista que a omissão em questão se mostra genérica; ao passo que, se o mesmo motorista tiver passado por uma patrulha rodoviária, que pare o veículo, mas cujos policiais, por qualquer motivo, não tomem qualquer medida de segurança, deixando que o motorista prossiga, haverá omissão específica, que consistirá na causa adequada do não-impedimento do resultado, ensejando a responsabilidade do Estado. Outro exemplo residiria na falta de condições de um veículo velho trafegar, causando um acidente por defeito de freio ou falta de luz na traseira, caso em que a Administração não poderia ser responsabilizada, por se tratar de mera omissão genérica, porém, se tal veículo foi liberado numa vistoria ou num posto de fiscalização, haverá omissão específica.

Assim sendo, deve-se sempre examinar a omissão na situação concreta, a fim de que se verifique se existe realmente um dever jurídico de agir, se ele foi descumprido, se a omissão é específica, e, por conseguinte, se cabe a responsabilidade do Estado.

3.1.2 Omissão em políticas públicas

A questão da omissão do Estado na formulação e na execução de políticas públicas, bem como a possibilidade de tal omissão gerar danos que levem à responsabilidade

do Estado é polêmica. Isto sem considerar outra questão: a discussão acerca da própria intervenção do Poder Judiciário nas atividades do poderes Executivo e Legislativo.

Nesse sentido, sabe-se que a Constituição Federal de 1988 estabelece a intervenção do Estado na ordem econômica e social, de forma que o Poder Público não pode se eximir de seus deveres constitucionais.

Por outro lado,

Ao mencionar os deveres do Estado, o constituinte está, em verdade, erigindo uma obrigação estatal que deverá ser cumprida pelo Poder Executivo, motivo pelo qual a intervenção positiva do Poder Judiciário se revela como excepcional e vinculada aos casos previstos na Constituição. Incumbe ao Poder Judiciário apenas fiscalizar a atividade administrativa e não substituí-la. A omissão intencional do Poder Executivo pode resultar de um ato de vontade política, consistente na opção de priorizar a implantação de determinados programas sociais ao invés dos almejados por determinados segmentos da sociedade. Toda opção implica a frustração das expectativas de parcela da sociedade brasileira. *Somente naqueles casos em que não existe uma prerrogativa constitucional erigida em favor do Poder Executivo é que se pode conceber a intervenção judicial positiva* (APPIO, 2004, p. 256, grifo nosso).

Ademais, Maria Paula Dallari Bucci (2002, p. 176) alerta para a importância do princípio da eficiência, aliado à responsabilidade civil do Estado, enfatizando o aspecto material da ação administrativa, pois desloca o enfoque da legalidade e dos aspectos normativos, para a proporcionalidade entre os meios utilizados (econômicos ou humanos) e os fins almejados, o que permite uma visão mais concreta do problema.

Um serviço ineficiente indica um afastamento do Estado em relação de sua razão de ser, de seus fundamentos. Por sua vez, a responsabilidade do Estado avalia a atividade administrativa pós-fato, sendo que “[...] a Administração Pública se depara com o incidente fático que exprime o não atingimento dos seus fins – o dano – por culpa de um agente, por culpa anônima do serviço todo, ou enfim, sem culpa” (BUCCI, 2002, p. 176).

Celso Antônio Bandeira de Mello (2000, p. 795, grifo do autor) não comenta especificamente o problema da omissão do Estado na área de políticas públicas, entretanto, no que toca à obrigação de atuação do Estado segundo um padrão mínimo de eficiência, capaz de evitar o dano, ressalta:

Não há resposta *a priori* quanto ao que seria o padrão *normal* tipificador da obrigação a que estaria legalmente adstrito. Cabe indicar, no entanto, que a normalidade da eficiência há de ser apurada em função do meio social, do estágio de desenvolvimento tecnológico, cultural, econômico e da conjuntura da época, isto é, das possibilidades *reais* médias dentro do ambiente em que se produziu o fato danoso.

Essa visão concreta, de certo modo partilhada por Maria Paula e Celso Antônio, só reforça a importância da análise de cada caso concreto em sede de responsabilidade civil, tanto do particular, quanto do Estado.

Certamente, a omissão em políticas públicas pode ensejar a responsabilidade do Estado, todavia, deve-se observar a exigibilidade da conduta positiva estatal, que passa pela questão dos limites da discricionariedade da Administração Pública, pela aplicação do princípio da eficiência no caso concreto, além dos pressupostos e das excludentes da responsabilidade civil.

3.2 Fundamento

3.2.1 Teoria da culpa e Responsabilidade subjetiva

A teoria da responsabilidade subjetiva, baseada na idéia da culpa anônima do serviço público, é defendida principalmente por Celso Antônio Bandeira de Mello, seguidor das lições de Oswaldo Aranha Bandeira de Mello. Mas possui outros seguidores, tais como: Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2002, p. 531); Lúcia Valle Figueiredo (2001, p. 260); Maria Helena Diniz (2007, p. 621).

Conforme anteriormente explicado, José Cretella Júnior citado por Carlos Roberto Gonçalves (2003, p. 178) defende a idéia de que a omissão também pode causar danos. Todavia, entende que a omissão pressupõe culpa.

Segundo Celso Antônio Bandeira de Mello (2000, p. 795, grifo do autor),

Com efeito, se o Estado não agiu, não pode, logicamente, ser ele o autor do dano. E, se não foi o autor, só cabe responsabilizá-lo caso esteja *obrigado a impedir* o dano. Isto é: só faz sentido responsabilizá-lo se *descumpriu dever legal* que lhe impunha obstar ao evento lesivo.

Acontece que, se a responsabilidade civil do Estado por atos omissivos for considerada objetiva, também haverá o requisito de descumprimento de dever legal para que incida a responsabilidade estatal. O fato de se exigir o descumprimento de dever jurídico a que o Estado esteja obrigado, para que ele responda pelos danos que venha a causar, não implica necessariamente que a responsabilidade dele seja subjetiva, mas somente que haverá responsabilidade estatal. Independentemente da teoria adotada, o Estado só responderá se estiver obrigado a agir, impedindo o dano, e não houver agido, descumprindo seu dever legal, caracterizando uma omissão antijurídica.

O autor prossegue em seu raciocínio:

Deveras, caso o Poder Público não estivesse obrigado a impedir o acontecimento danoso, faltaria razão para impor-lhe o encargo de suportar patrimonialmente as consequências da lesão. Logo, a responsabilidade estatal por ato omissivo é sempre responsabilidade por comportamento *ilícito*. E, sendo responsabilidade por *ilícito*, é necessariamente responsabilidade subjetiva, pois não há conduta ilícita do *Estado*

(embora do particular possa haver) que não seja proveniente de negligência, imprudência ou imperícia (culpa) ou, então, deliberado propósito de violar a norma que o constituía em dada obrigação (dolo). Culpa e dolo são justamente as modalidades de responsabilidade subjetiva (MELLO, 2000, p. 795, grifo do autor).

Realmente, como já explicado acima, se o Estado não estiver obrigado a impedir o dano, não haverá motivo para impor-lhe o encargo de responder pela lesão, pois só há responsabilidade civil se houver o descumprimento de um dever legal, ainda que este se resume ao dever jurídico genérico de não prejudicar ninguém.

Todavia, isto não significa que a responsabilidade estatal sempre será por ato ilícito, uma vez que este conceito contém a idéia de culpa, a qual ultrapassa a noção de descumprimento de dever jurídico, visto que apresenta um caráter subjetivo representado pela conduta marcada pela negligência, imprudência ou imperícia. E é exatamente neste ponto que surge a diferença entre antijuridicidade e ilicitude: os dois conceitos envolvem a inexecução de um dever legal, mas a ilicitude pressupõe a existência de uma conduta culposa.

Desta forma, não é sempre que a omissão do Estado será culposa, logo, nem sempre seus atos omissivos serão ilícitos, mas somente antijurídicos, o que demonstra que Celso Antônio Bandeira de Mello, na verdade, não distinguiu o conceito de ilicitude do de antijuridicidade. Com isso, conclui-se que a culpa não é um elemento indispensável para a configuração da responsabilidade estatal, a qual não se trata de responsabilidade subjetiva.

O autor ainda afirma que não há conduta ilícita do Estado que não seja proveniente de culpa ou dolo. Considerando que Celso Antônio utilizou o termo *ilícita*, quando deveria utilizar o termo *antijurídica*, pode-se questionar tal afirmação, tendo em vista que existem condutas antijurídicas que não provêm de conduta culposa ou dolosa.

E mais: o autor fala que não existe conduta ilícita do Estado que não provenha de culpa ou dolo, mas faz uma ressalva, dizendo que pode haver conduta ilícita sem culpa ou dolo em caso de conduta do particular. Tal declaração não merece prosperar, em virtude de não existir fundamento para um tratamento diferente entre o Estado (pessoa jurídica de direito público, sujeito de direito e deveres, responsável por seus atos, comissivos e omissivos) e o particular, considerando que no Estado Democrático de Direito há igualdade de todos perante a lei, conforme garante o artigo 5º, *caput*, da Constituição Federal de 1988.

Mais uma vez, Celso Antônio não demonstra um argumento que seja suficientemente forte para sustentar a tese de que a responsabilidade do Estado por atos omissivos deva ser subjetiva.

O jurista continua defendendo sua posição:

Não bastará, então, para configurar-se responsabilidade estatal, a simples relação entre ausência do serviço (omissão estatal) e o dano sofrido. Com efeito: inexistindo

obrigação legal de impedir um certo evento danoso (obrigação, de resto, só cogitável quando haja possibilidade de impedi-lo mediante atuação diligente), seria um verdadeiro absurdo imputar ao Estado responsabilidade por um dano que não causou, pois isto equivaleria a extrai-la do nada; significaria pretender instaurá-la prescindindo de qualquer fundamento racional ou jurídico. Cumpre que haja algo mais: a culpa por negligência, imprudência ou imperícia no serviço, ensejadoras do dano, ou então o dolo, intenção de omitir-se, quando era obrigatório para o Estado atuar e fazê-lo segundo um certo padrão de eficiência capaz de obstar o ao evento lesivo [...] (MELLO, 2000, p. 795, grifo do autor).

Claro que seria um absurdo imputar ao Estado responsabilidade por um dano que não causou. E nem é isto o que a responsabilidade objetiva pretende, já que ela não dispensa o nexo causal. Ocorre que, no intuito de defender a responsabilidade subjetiva no caso de atos omissivos, Celso Antônio não distinguiu o conceito de nexo causal do de descumprimento de obrigação legal, pois tal descumprimento, quando o Estado pode e deve agir para impedir o dano, é que caracteriza a omissão, que, por sua vez, mantendo uma relação de causalidade com o dano (nexo causal), enseja responsabilidade do Estado. O conceito de descumprimento legal já faz parte da omissão, pois se não houver um dever descumprido, não há que se falar em omissão. Mas uma vez restando comprovada a conduta omissiva, basta o nexo causal entre ela e o dano.

O autor diz que se o Estado, devendo agir, não age, comportando-se abaixo dos padrões legais estabelecidos, responde pela incúria, negligência ou deficiência, em suma, pelo ato ilícito cometido (MELLO, 2000, p. 796).

Se o Estado deixar de agir dentro dos padrões legais de eficiência, não responderá por culpa, e, portanto, por ato ilícito, mas pela antijuridicidade, por se tratar de omissão antijurídica, podendo haver culpa ou não.

“Reversamente, descabe responsabilizá-lo se, inobstante atuação compatível com as possibilidades de um serviço normalmente organizado e eficiente, não lhe foi possível impedir o evento danoso gerado por força (humana ou material) alheia” (MELLO, 2000, p. 796).

De fato, se o Estado agiu de acordo com os padrões de eficiência, seguindo os princípios da razoabilidade, proporcionalidade e boa-fé objetiva, ele não descumpriu dever legal, logo não restou configurada uma omissão, de forma que o dano foi causado somente por força estranha à atuação estatal, não devendo ser o Estado responsabilizado por tal dano. Mas o Estado também não seria responsabilizado se fosse adotada a teoria da responsabilidade objetiva, pois estaria ausente o nexo causal, ou seja, este não é um argumento capaz de provar que a responsabilidade deva ser subjetiva.

E no mesmo sentido outro argumento se mostra falho: o autor parte do exemplo em que a omissão não é causa, induzindo ao raciocínio de que nunca a omissão o será, afirmando que:

De fato, na hipótese cogitada o Estado não é o autor do dano. Em rigor, não se pode dizer que o causou. Sua omissão ou deficiência haveria sido condição do dano, e não causa. Causa é o fator positivo que positivamente gera um resultado. Condição é o evento que não ocorreu, mas que, se houvera ocorrido, teria impedido o resultado.

É razoável e impositivo que o Estado responda objetivamente pelos danos que causou. Mas só é razoável e impositivo que responda pelos danos que não causou quando estiver *de direito obrigado a impedi-los* (MELLO, 2000, p. 796, grifo do autor).

Nesta hipótese, a omissão não é causa, porém, numa outra situação ela pode ser, até porque causa não é necessariamente o fator positivo que gera um resultado, mas o fator que leva a obtenção deste resultado, seja este fator uma conduta positiva ou negativa, uma ação ou uma omissão. O autor não distingue com clareza o conceito de *causa* do de *condição*, na verdade, a distinção entre eles é mínima, como já ficou demonstrado no item 3.1.1 do presente trabalho.

Celso Antônio assevera que:

Ademais, solução diversa conduziria a absurdos. É que, em princípio, cumpre ao Estado prover a todos os interesses da coletividade. Ante qualquer evento lesivo causado por terceiro, como um assalto em via pública, uma enchente qualquer, uma agressão sofrida em local público, o lesado poderia sempre arguir que ‘o serviço não funcionou’. A admitir-se responsabilidade objetiva nestas hipóteses, o Estado estaria erigido em segurador universal! [...] Faltando, entretanto, este cunho de injuridicidade, que advém do dolo, ou da culpa tipificada na negligência, na imprudência ou na imperícia, não há cogitar de responsabilidade pública (MELLO, 2000, p. 797).

A preocupação de que o Estado venha a se transformar num verdadeiro segurador universal, caso seja aplicada a responsabilidade objetiva, é completamente plausível, na medida em que não são todos os danos com alguma ligação a atividades do Estado que devem ser reparados, no entanto, tal preocupação não faz sentido, pois a responsabilidade objetiva não dispensa a prova do nexo causal entre a omissão e o dano, conseqüentemente só são indenizados os prejuízos realmente causados por um comportamento omissivo do Estado. Ressalte-se a dificuldade existente em se provar o nexo causal, conceito que pode apresentar muita complexidade no caso concreto.

Quanto ao cunho de injuridicidade, já foi explicado que este provém meramente de uma ofensa ao direito, possuindo um caráter objetivo, de modo que se diferencia da ilicitude precisamente por esta conter um elemento subjetivo: a culpa, apresentada em qualquer uma de suas modalidades. Deste modo, basta a verificação de uma

injuridicidade para que incida a responsabilidade estatal, que é objetiva, nos moldes da Constituição Federal de 1988.

O doutrinador segue o seu raciocínio:

Ao contrário do que se passa com a responsabilidade do Estado por comportamentos *comissivos*, na responsabilidade por comportamentos *omissivos a questão não se examina nem decide pelo ângulo passivo da relação* (a do lesado em sua esfera juridicamente protegida), *mas pelo pólo ativo da relação*. É dizer: são os caracteres da omissão estatal que indicarão se há ou não responsabilidade.

Não se pode, portanto, enfocar todo o problema da responsabilidade do Estado por comportamentos unilaterais a partir da situação do lesado, ou seja, daquele eu sofreu um ‘dano injusto’. É que, tratando-se de responsabilidade por comportamento estatal omissivo, o dano não é obra do Estado. Por isso cabe responsabilizá-lo se o seu comportamento omissivo era censurado pelo Direito. Fora daí, quando couber, a responsabilidade será de outrem: do próprio agente do dano (MELLO, 2000, p. 797, grifo do autor).

Não há motivos para que haja um tratamento diferente entre a responsabilidade civil por atos comissivos e aquela advinda de atos omissivos, uma vez que, conforme as noções introdutórias da matéria de responsabilidade civil, nesta área, o enfoque deve ser dado a partir da situação do lesado, pois é exatamente o que distingue esta responsabilidade daquela situada no âmbito penal. Em sede de responsabilidade civil, em princípio, não importa o grau de censura feito à conduta do agente lesador, mas sim a necessidade de reparação dos danos causados à vítima. Por conseguinte, uma vez verificados os pressupostos da responsabilidade estatal, o dano é obra do Estado, e o problema deve ser abordado a partir do lesado.

O autor fala ainda que os acontecimentos suscetíveis de acarretar responsabilidade do Estado por omissão são os fatos de natureza e os comportamentos materiais de terceiros, casos em que o Poder Público não obsteu a lesividade de tais fatos ou atos, embora devesse obstar.

Nesse sentido, conforme apregoa Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2002, p. 530), que também defende a aplicação da responsabilidade subjetiva aos atos omissivos da Administração Pública, mesmo em caso de haver motivo de força maior, a responsabilidade do Estado incidirá, se ocorrer omissão do Poder Público que contribua para a ocorrência do evento danoso, ficando comprovado que uma eventual ação do ente estatal poderia ter evitado o dano.

A autora defende a aplicação da teoria subjetiva, ao proclamar que a culpa anônima é suficiente para a responsabilidade estatal incidir, não sendo necessário apelar para a responsabilidade objetiva. Contudo, tal argumento se revela falho, uma vez que, muitas vezes, a dificuldade de se provar a culpa é muito grande para ser suportada pela vítima, que se

encontra em posição completamente desfavorável em relação ao Estado, o que não deve ser ignorado, sob pena de se tutelar uma igualdade meramente formal na concretização do princípio de acesso à justiça.

Nesta direção, é pertinente a observação de Leilane Mendonça Zavarizi da Rosa (1996, p. 70):

[...] Causa ou condição, o fato é que sem a omissão não haveria o dano. Por que então impor ao prejudicado o ônus de provar a omissão do Estado, não sendo suficiente a já onerosa comprovação do nexo de causalidade?

Para amenizar a responsabilidade do Estado já lhe bastam as elidentes amplamente aceitas na doutrina e jurisprudência. Não há necessidade de se criar mais um meio para dificultar a responsabilização do Estado, já que quem precisa de amparo é o administrado, parte fraca da relação Estado/Sociedade.

Os maiores danos sofridos pelos particulares decorrem da omissão do Poder Público, sendo que a adoção da teoria subjetiva não é eficaz para conter a inércia do Estado, visto que exatamente quando o Estado deixa de agir, relaxa, descuida, não zela por seus administrados, não cumpre com os seus deveres, em suma, não atinge as suas finalidades, evoca-se a teoria da culpa, cuja prova se mostra onerosa demais, dado o desequilíbrio de força entre Estado e administrado (ROSA, 1996, p. 103).

É preciso ressaltar que as críticas feitas à teoria subjetiva e a seus adeptos, em especial a Celso Antônio Bandeira de Mello, não têm, de forma alguma, o escopo de ofender ninguém, nem de desprezar o posicionamento de quaisquer juristas, apenas visam à discussão sobre o tema, com o simples objetivo de compreender melhor a matéria, tão interessante e importante nos dias atuais. Celso Antônio Bandeira de Mello é coerente em seu raciocínio e apresenta conceitos importantes que foram adotados neste estudo, apenas possui entendimento diverso do defendido neste trabalho, quanto à responsabilidade do Estado por atos omissivos da Administração Pública.

3.2.2 Teoria do risco administrativo e Responsabilidade objetiva

Segundo a teoria da responsabilidade objetiva, baseada na noção do risco administrativo, o que importa para que se configure a responsabilidade estatal é o nexo causal, ele é o elemento central desta responsabilidade, sendo que uma vez estando comprovado, e logicamente havendo um dano indenizável, o Estado se torna responsável pelos danos que causou, através de comportamentos comissivos ou omissivos.

Alguns juristas apóiam esta teoria, entre eles Yussef Said Cahali (2007, p. 221); Odete Medauar (2007, p. 368); Hely Lopes Meirelles (2007, p. 656); Sérgio Cavalieri Filho (2006, p. 261); Mônica Nicida Garcia (2004, p. 199); José de Aguiar Dias, citado por

Garcia (2004, p. 199); Celso Ribeiro Bastos, citado por Cavalieri Filho (2006, p. 262); Leilane Mendonça Zavarizi da Rosa (1996, p. 70).

Para Cavalieri Filho (2006, p. 261) “a atividade administrativa a que alude o artigo 37, §6º, da Constituição, engloba não só a conduta comissiva como também a omissiva”, razão pela qual o autor diz que merece temperamento a doutrina de Celso Antônio Bandeira de Mello, a qual sustenta ser subjetiva a responsabilidade da Administração sempre que o dano decorrer de uma omissão do Estado.

Cavalieri Filho (2006, p. 261) divide a omissão do Estado em genérica e específica, conforme já mencionado no item 3.1.1 deste trabalho; além disso, ele sustenta a tese de que, em caso de omissão específica, a responsabilidade do Estado é objetiva e garante:

Os nossos Tribunais têm reconhecido a omissão específica do Estado quando a inércia administrativa é a causa direta e imediata do não-impedimento do evento, como nos casos de morte de detento em penitenciária e acidente com aluno de colégio público durante o período de aula (CAVALIERI FILHO, 2006, p. 262).

A divisão entre os dois tipos de omissão é muito útil, porque procura delimitar melhor a responsabilidade estatal, mas, na verdade, resume-se ao estudo do nexo causal, pois versa sobre “a causa direta e imediata do não-impedimento do evento”.

Assim sendo, a omissão específica é aquela capaz de gerar danos que, uma vez ocorrendo e sendo reparáveis, ensejam a responsabilidade estatal, portanto, é a omissão que permite originar uma relação de causalidade entre ela e o dano. Já a omissão genérica é aquela incapaz de produzir danos, não permitindo a formação do nexo de causalidade, constituindo verdadeira excludente do nexo causal.

Igualmente, para Hely Lopes Meirelles (2007, p. 656, grifo do autor),

Nessa substituição da responsabilidade individual do servidor pela responsabilidade genérica do Poder Público, cobrindo o risco de sua ação ou omissão, é que se assenta a teoria da *responsabilidade objetiva* da Administração, vale dizer, da *responsabilidade sem culpa*, pela só ocorrência da falta anônima do serviço, porque esta falta está, precisamente, na área dos riscos assumidos pela Administração para a consecução de seus fins.

Por isso, incide a responsabilidade civil objetiva quando a Administração Pública assume o compromisso de velar pela integridade física da pessoa e esta vem a sofrer um dano decorrente da omissão do agente público naquela vigilância. Assim, alunos da rede oficial de ensino, pessoas internadas em hospitais públicos ou detentos, caso sofram algum dano quando estejam sob a guarda imediata do Poder Público, têm direito à indenização, salvo se ficar comprovada a ocorrência de alguma causa excludente daquela responsabilidade estatal.

O autor discorre acerca dos riscos que são inerentes às atividades do Estado e formam a base da responsabilidade objetiva. Ainda que fale sobre a falta anônima do serviço, diz que esta falta pertence à área dos riscos assumidos pela Administração. Até este

trecho, Hely defende a responsabilidade objetiva estatal no caso de atos omissivos da Administração Pública.

Todavia, em seguida, Hely faz uma ressalva:

O que a Constituição distingue é o dano causado pelos *agentes da Administração* (servidores) dos danos ocasionados por *atos de terceiros* ou por *fenômenos da Natureza*. Observe-se que o art. 37, §6º, só atribui responsabilidade objetiva à Administração *pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causem a terceiros*. Portanto, o legislador constituinte só cobriu o *risco administrativo* da atuação ou inação dos servidores públicos; não responsabilizou objetivamente a Administração por atos predatórios de terceiros, nem por fenômenos naturais que causem danos aos particulares. [...] o dispositivo constitucional só abrange a *atuação funcional dos servidores públicos*, e não os atos de terceiro e os fatos da Natureza. Para situações diversas, fundamentos diversos.

O autor defende, então, a responsabilidade subjetiva em alguns casos:

Para a indenização destes atos e fatos estranhos e não relacionados com a atividade administrativa observa-se o princípio geral da culpa civil, manifestada pela imprudência, negligência ou imperícia na realização do serviço público que causou ou ensejou o dano – culpa, essa, que pode ser genérica.

Ocorre que, diante de situações de danos causados por ato de terceiro ou fato natural, deveria bastar o exame do nexo causal para que ficasse claro se a omissão do Estado contribuiu efetivamente para a ocorrência do resultado, não sendo necessário provar a culpa do serviço. Mais uma vez a doutrina se mostra cautelosa quanto à possibilidade de uma responsabilização excessiva do Estado, porém não percebe que a questão pode ser resolvida somente com base na investigação do nexo causal entre a omissão e o dano. Hely Lopes Meirelles (2007, p. 657) chega a lembrar que a falta do nexo causal *também* exclui a responsabilidade, entretanto, mais apropriado seria dizer que a falta do nexo causal é *suficiente* para excluí-la.

A tarefa de descobrir se o nexo causal está presente pode se tornar extremamente complexa no caso concreto, e as teorias de causalidade só apontam para uma direção, mas não fornecem todos os elementos suficientes para a resolução do caso, por isso, a utilização de recursos auxiliares como a divisão entre omissão genérica e específica pode ajudar bastante, assim como o uso da analogia, de princípios como o da razoabilidade, boa-fé objetiva, além dos princípios da Administração Pública, como os da razoabilidade, da proporcionalidade, da eficiência, entre outros recursos complementares.

Nesse sentido, o artigo 4º da Lei de Introdução ao Código Civil estabelece: “Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito”. E o artigo 5º da referida lei ordena que: “Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum”.

Desta forma, ainda que o artigo 37, §6º, da Constituição Federal de 1988 não preveja expressamente a aplicação da responsabilidade objetiva no caso específico de atos omissivos da Administração Pública, ela deve ser aplicada, também por razões de equidade, em cumprimento aos princípios da razoabilidade e boa-fé objetiva, sendo pertinente verificar, no caso concreto, se a conduta estatal era esperada e se era razoável esperá-la.

Ademais, a norma constitucional deve ser interpretada no sentido de se estabelecer a responsabilidade objetiva do Estado em relação aos administrados, seja por atos comissivos ou omissivos, cabendo averiguar a existência de dolo ou culpa somente no caso de eventual ação regressiva se mostrar necessária e vir à tona a culpa individual do agente público.

Conforme a crítica de Odete Medauar (2007, p. 368, grifo da autora) é possível notar que:

Reina certa nebulosidade na doutrina e jurisprudência pátrias quanto à *responsabilidade por omissão*. Há afirmações no sentido de tratar-se de responsabilidade subjetiva. Mas acórdãos do STF usam a expressão francesa *faute de service*, associada a casos em que o poder público deixou de tomar providências, ocorrendo o dano. Por ex.: Município condenado a reparar dano no caso de criança ferida por outra em escola municipal, por omissão no dever de vigiar os alunos. Não parece apropriado o uso do termo *subjetiva*, nem da expressão *culpa do serviço*, pois tais vocábulos se mostram, adequados a ações ou omissões de pessoas físicas, não de pessoas jurídicas. Além do mais, a palavra francesa *faute* significa também erro, ausência. Daí Jacqueline Morand-Deville considerar melhor empregar as expressões *funcionamento defeituoso do serviço* ou *erro cometido no exercício do serviço*; e arrola como exemplos: ausência de vigilância e controle, falta de manutenção, erros, negligências, omissões, atrasos, inércias, abstenções, informações inexatas [...].

Ou seja, o Estado, ao deixar de prestar adequadamente um serviço público à população ou a determinado cidadão, incorre numa omissão, expressa pelo termo francês *faute de service*, que não necessariamente provém de uma conduta culposa do agente público, logo, a culpa é um elemento subjetivo dispensável para saber se, no caso concreto, o Estado responde pelos danos causados pelos comportamentos omissivos da Administração Pública.

Para Cahali (2007, p. 221), desde que seja exigível da Administração a execução da obra ou a prestação do serviço que teriam evitado a ocorrência do dano, a omissão seria suficiente para incidir a responsabilidade do Estado, pois o descumprimento de tal obrigação exigível já conteria a idéia de culpa, que só não estaria presente se houvesse alguma excludente de responsabilidade. Deste modo, a questão se deslocaria para o âmbito da exigibilidade da conduta estatal omitida, invocada como causa do dano reparável, sendo que não seria necessário transformar a responsabilidade objetiva em subjetiva para que o Estado se eximisse do dever de indenizar, mas bastaria que ele demonstrasse que não tinha o dever de agir e que, portanto, sua conduta não foi causa do evento danoso. Cahali afirma que o

conceito amplo de exigibilidade do ato estatal, bem como sua notória carga de subjetivismo, induziu alguns autores a defender a responsabilidade subjetiva do Estado.

Cahali (2007, p. 221) critica o entendimento segundo o qual as fontes das obrigações se restringem à lei, ao contrato e ao ato ilícito, afirmando que as obrigações derivam de qualquer fato ou ato idôneo a produzi-las, de acordo com o ordenamento jurídico, e que, assim, a obrigação estatal é proveniente de um descumprimento de um dever jurídico estatal.

Portanto, o dever jurídico descumprido de executar a obra ou de prestar o serviço devido, colocado como causa primária da responsabilidade do Estado, é circunstancial, a ser examinado em cada caso concreto, ponto a respeito do qual, aliás, inexistiu divergência entre os doutrinadores (CAHALI, 2007, p. 222).

Nesse sentido, no que toca à eficiência da Administração no cumprimento do dever jurídico estatal, Cahali (2007, p. 222) cita Celso Antônio Bandeira de Mello, para quem devem ser consideradas as possibilidades reais médias de atuação estatal, dentro do ambiente em que houve o dano, bem como o procedimento do Estado em casos análogos, o nível de expectativa da sociedade (não o nível de aspiração) e o nível de expectativa do próprio Estado, sugerido pelos parâmetros de normas que possam deduzir que o Estado se obrigou, indiretamente, a um padrão mínimo de qualidade.

Somente no exame de situações concretas é possível perceber se seria razoavelmente exigível a atuação estatal, seja no sentido da execução da obra ou da prestação do serviço, e se terá sido a ausência ou insuficiência de tal atuação, a causa do dano sofrido pelo administrado. Para que surja a obrigação estatal de indenizar, é preciso, por conseguinte, que a atuação do Estado seja exigível, que ocorra a ausência ou a insuficiência do serviço e que esta ausência ou insuficiência gere um dano reparável.

Deve-se lembrar que em caso de fatores estranhos, como fatos da natureza, de terceiro ou do próprio ofendido terem concorrido para o evento danoso, a conduta omissiva estatal será concausa, o que levará à proporcionalização da indenização, mas se tais fatores estranhos constituírem a causa eficiente e suficiente do dano, a conduta omissiva estatal será condicionante do evento danoso, insuficiente para determinar a responsabilidade civil do Estado, visto que a conduta estatal não era razoavelmente exigível.

Mônica Nicida Garcia (2004, p. 199) entende que o texto constitucional não autoriza a distinção entre atos comissivos e omissivos, referindo-se, genericamente, a danos causados pelos agentes. Segundo a autora:

[...] José de Aguiar Dias sustenta, por outro lado, que também nas hipóteses de danos acarretados por omissão ou deficiência de atuação do Estado, e sempre que o Estado não prove haver empregado todos os meios ao seu alcance para evitá-los,

aplica-se a regra da responsabilidade objetiva. Desse entendimento compartilham Alvaro Lazzarini e Cármen Lúcia Antunes Rocha.

Para Leilane Mendonça Zavarizi da Rosa (1996, p. 101, grifo da autora),

Quando o Estado na execução de suas funções, na tentativa de premiar os anseios da Sociedade, acaba provocando um dano, deve ser este indenizado. Apesar de causar um dano, demonstra o Estado estar cumprindo a função para a qual foi criado, servir a sociedade. Mas, quando se omite, além de com essa omissão causar um dano, está o Estado descumprindo tarefa que lhe determina a existência, e é justamente quando mais abandona sua *criadora* que se vê agraciado com a teoria subjetiva.

Todavia, deve-se lembrar que, para que sejam cumpridas todas as funções da responsabilidade civil no âmbito do Estado, não basta a mera adoção da responsabilidade objetiva perante os administrados, sem que haja a devida responsabilização dos agentes públicos, em caso de dolo ou culpa. Assim, conforme ensina Maria Paula Dallari Bucci (2002, p. 190), “[...] havendo culpa ou dolo de agente público que pode ser identificado, sobre ele recairia o dever de indenizar, se não diretamente à vítima, mediante ressarcimento ao Estado, por via de ação de regresso”.

3.2.3 Teoria do risco integral e Responsabilidade objetiva agravada

Celso Antônio Bandeira de Mello fala não só em danos causados por ação e omissão do Estado, como também em danos dependentes de situação produzida pelo Estado diretamente propiciatória, que segundo o autor:

[...] são hipóteses nas quais *é o Poder Público quem constitui, por ato comissivo seu, os fatores que propiciarão decisivamente a emergência de dano*. Tais casos, a nosso ver, assimilam-se aos de danos produzidos pela própria ação do Estado e por isso ensejam, tanto quanto estes, a aplicação do princípio da *responsabilidade objetiva* (MELLO, 2000, p. 799, grifo do autor).

Para Celso Antônio, nessas hipóteses, uma atuação positiva do Estado, apesar de não ser a geradora imediata do dano, entra decisivamente em sua linha de causação. É o caso de guarda de pessoas ou coisas perigosas, por meio da qual se criam riscos a terceiros, como por exemplo, o assassinato de um presidiário por outro presidiário, os danos nas vizinhanças oriundos de explosão em depósito militar em decorrência de um raio, lesões radioativas derivadas de vazamento em central nuclear causado por fenômeno natural, danos causados em recintos de guarda de animais, manicômios, presídios, entre outras fontes potenciais de possíveis danos a terceiros.

Partindo-se do pressuposto de que estes estabelecimentos são necessários à sociedade, sendo instituídos em proveito de todos, não é justo que um particular arque com os eventuais danos causados pelas coisas, animais ou pessoas que estavam sob custódia do

Estado. Por isso, os danos decorrentes desta situação de risco ensejam responsabilidade objetiva do Estado.

O autor lembra que a guarda de coisas ou “pessoas perigosas” (termo pejorativo que deveria ser substituído por presidiários, por exemplo) é a hipótese mais comum, mas não é a única de situação de risco assumida pelo Estado, é o caso de acidente de trânsito causado por semáforo que acende ao mesmo tempo para os dois ângulos de um cruzamento, ainda que o defeito seja proveniente de curto-circuito provocado por um raio (MELLO, 2000, p. 801).

Em última instância, estas hipóteses de danos ora cogitadas não se distanciam muito dos casos em que o prejuízo é causado diretamente pelo Estado. É que a lesão deriva de uma situação criada pelo próprio Estado. É o próprio Poder Público que, embora sem ser o autor do dano, compõe, *por ato seu*, situação propícia à eventualidade de um dano (MELLO, 2000, p. 800, grifo do autor).

Celso Antônio apenas ressalta que a responsabilidade em tais casos está diretamente relacionada ao risco criado por tais atividades estatais, de modo que, se a lesão sofrida não tiver vínculo com este risco, não haverá responsabilidade objetiva.

Assim, o autor exemplifica a questão:

Então, se os evadidos de uma prisão vierem a causar danos em locais afastados do prédio onde se sedia a fonte do risco, é óbvio que a lesão sofrida por terceiros não estará correlacionada com a situação perigosa criada por obra do Poder Público. Nesta hipótese só caberá responsabilizar o Estado se o serviço de guarda dos delinquentes não houver funcionado ou houver funcionado mal, pois será caso de responsabilidade por comportamento omissivo, e não pela geração de risco oriundo de guarda de pessoas perigosas (MELLO, 2000, p. 801).

No exemplo apresentado, utilizando a teoria da responsabilidade objetiva, a questão pode ser resolvida com a análise do nexo causal, pois se os evadidos de uma prisão causam danos em locais distantes da fonte de risco, em princípio, não há nexo de causalidade, logo, realmente não há responsabilidade do Estado. Mas se, de qualquer modo, ficar provada a existência do nexo causal entre a conduta estatal e o dano causado, haverá responsabilidade do Estado, a qual será objetiva.

Parte da doutrina chega a admitir a hipótese de aplicação da responsabilidade objetiva agravada em caso de danos provenientes de atividades específicas estatais, que apresentem riscos inerentes a elas. Trata-se de verdadeira construção doutrinária e jurisprudencial.

Cavaliere Filho (2006, p. 163) entende que, nos termos do artigo 14, §1º, da Lei nº 6.938/1981 e do artigo 225 da Constituição Federal, no caso de danos causados ao meio ambiente, a responsabilidade se baseia no risco integral. Argumenta que, se fosse possível alegar o caso fortuito ou a força maior como causas excludentes da responsabilidade

civil por dano ambiental, a maioria dos casos de poluição ambiental ficariam sem a proteção da lei, o que seria inadmissível, considerando que o meio ambiente é protegido pela Constituição e, sendo um direito de terceira geração, é direito de todos, protege toda a coletividade, todas as formações sociais, de modo subjetivamente indeterminado, com base no princípio da solidariedade universal.

Cavaliere Filho (2006, p. 164) defende também a responsabilidade objetiva agravada nas hipóteses de danos nucleares, nos moldes do artigo 21, XXIII, “c”, Constituição Federal. Segundo o autor, não estão mais em vigor as excludentes previstas no artigo 8º da Lei nº 6453/1977, porque a base jurídica da responsabilidade advinda de atividade nuclear passou a ser a Constituição de 1988. Ademais, o autor sustenta que não valem os limites indenizatórios previstos no artigo 9º da citada Lei nº 6453/1977, pois sendo ilimitada a responsabilidade do Estado, conforme o artigo 37, § 6º, da Constituição Federal, a lei ordinária não pode estabelecer tais limites.

Na verdade, os artigos referentes à responsabilidade civil por danos ambientais e danos nucleares falam em responsabilidade independente de culpa, ou seja, objetiva, porém, é possível fazer uma interpretação extensiva de tais dispositivos, tendo em vista o enorme potencial de riscos decorrentes da exploração da atividade nuclear, bem como a natureza do bem juridicamente tutelado, no caso de danos ao meio ambiente.

Não obstante, Hely Lopes Meirelles, apesar de adepto da teoria da responsabilidade objetiva, é contra a aplicação da teoria da responsabilidade objetiva agravada:

A teoria do risco integral é a modalidade extremada da doutrina do risco administrativo, abandonada na prática, por conduzir ao abuso e à iniquidade social. Por essa fórmula radical, a Administração ficaria obrigada a indenizar todo e qualquer suportado por terceiros, ainda que resultante de culpa ou dolo da vítima. Daí por que foi acoimada de “brutal”, pelas graves consequências que haveria de produzir se aplicada na sua inteireza.

*Essa teoria jamais foi acolhida entre nós, embora haja quem tenha sustentado sua admissibilidade no texto das Constituições da República. Contestamos formalmente esse entender, que se desgarra da doutrina acolhida pelo nosso Direito e se divorcia da jurisprudência que se formou acerca do citado dispositivo constitucional, consagrador da teoria objetiva, mas sob a modalidade do *risco administrativo*, e não do *risco integral* (MEIRELLES, 2007, p. 652).*

O cuidado de Hely Lopes Meirelles, consistente em evitar que o Estado se torne um segurador universal, seria pertinente se a teoria do risco integral fosse aplicada como regra. Ocorre que essa teoria só é aplicável em casos excepcionais, que apresentem motivos suficientemente fortes para dispensar a prova de nexo causal entre a conduta nociva e o dano,

bastando demonstrar o risco inerente à determinada atividade para que surja o dever de indenizar.

Conclui-se que a responsabilidade objetiva agravada, fundada no risco integral, só cabe, portanto, em casos excepcionais. Por outro lado, quando verificados estes casos, ela deve ser utilizada sem receio, com a finalidade de garantir a proteção de determinados direitos.

CONCLUSÃO

O presente trabalho analisou a responsabilidade do Estado por atos omissivos da Administração Pública, sendo que foi possível perceber que os maiores danos causados à sociedade provêm da omissão do Estado, e que, precisamente quando o Poder Público deixa de cumprir seus deveres, e assim suas finalidades, as quais fundamentam a sua própria existência, gerando danos decorrentes dessa conduta omissiva, é que, muitas vezes, invoca-se a teoria subjetiva, o que não faz sentido, visto que, considerando que na esfera da responsabilidade civil o problema é enfocado na vítima, a tarefa de provar a existência de culpa é muito onerosa para o administrado, que é parte bem mais fraca em relação ao Estado.

Diante da falta de distinção terminológica clara entre causa e condição, concluiu-se que a omissão pode ser a causa direta de danos, na medida em que causa é qualquer circunstância que contribuiu decisivamente para a ocorrência do evento danoso, ou ainda é qualquer condição que se revela como a mais adequada para a produção do dano, seja esta condição uma conduta comissiva ou omissiva. Além disso, o artigo 37, § 6º, da Constituição Federal de 1988 determina a responsabilidade objetiva do Estado, sem estabelecer qualquer diferença entre condutas comissivas e omissivas.

Pôde-se constatar que a omissão apresenta, geralmente, o elemento subjetivo culpa; contudo, há casos em que a omissão não apresenta a culpa.

Por outro lado, a responsabilidade objetiva não torna o Estado um segurador universal, desde que seja observado o seu elemento central, o nexos causal, para que se verifique se incide ou não a responsabilidade estatal no caso estudado.

Ficou nítida a importância da análise circunstancial da responsabilidade civil, isto é, cada situação concreta precisa ser estudada de acordo com as suas peculiaridades, para determinar se o Estado deve responder pelos danos causados ou não. Assim, é preciso saber se existia realmente um dever jurídico estatal de agir, se ele foi descumprido, e se tal descumprimento causou um dano reparável, para que se obtenha uma resposta quanto à incidência da responsabilidade do Estado. E, nesse sentido, a questão da exigibilidade da atuação estatal assume grande importância, aliada ao nexos causal.

Em se tratando de omissão na formulação e na execução de políticas públicas, a exigibilidade da conduta positiva estatal possui estreita relação com os limites da discricionariedade da Administração Pública, bem como com a aplicação do princípio da eficiência ao caso concreto.

No primeiro capítulo, pôde-se ter uma idéia geral acerca da responsabilidade civil, que foi o instituto do Direito Civil que mais se desenvolveu no século XX.

No segundo capítulo, delimitaram-se alguns conceitos relacionados à responsabilidade estatal, foram explicados alguns pontos específicos desta responsabilidade, bem como se verificou que a responsabilidade civil do Estado decorre diretamente da noção de Estado de Direito.

No terceiro capítulo, foi possível notar que há um consenso quanto à responsabilidade estatal por atos comissivos ser objetiva. Entretanto, no que toca aos atos omissivos da Administração Pública, alguns autores sustentam que a responsabilidade do Estado deve ser subjetiva, enquanto outros defendem que ela deve ser objetiva.

Por todos os motivos anteriormente expostos, adotou-se o entendimento de que a responsabilidade objetiva do Estado é medida de justiça que se impõe a todos os casos, tanto os referentes aos atos comissivos, quanto aos atos omissivos. Logo, não cabe qualquer distinção entre estes dois tipos de atos, para efeitos de responsabilização.

No entanto, em casos excepcionais, é possível utilizar a responsabilidade objetiva agravada, fundada no risco integral, tendo em vista os enormes riscos típicos de certas atividades desenvolvidas pelo Estado, ou ainda considerando a natureza do bem juridicamente tutelado. Trata-se de uma construção doutrinária importante para a proteção de determinados direitos.

Constatou-se também que agente público é toda pessoa que toma decisão ou realiza atividades do Estado, e o que importa para definir a responsabilização estatal é definir se a qualidade de agente foi determinante para a produção do dano.

No que tange à função preventiva da responsabilidade civil, pode-se dizer que ela fica comprometida, porque não há uma preocupação de se evitar um novo dano e a Administração muitas vezes não exerce o seu direito de regresso contra o agente público, o que contribui para que o dano volte a ocorrer.

Portanto, tendo em vista a complexidade e relevância do tema, pode-se concluir, sobretudo, que a responsabilidade do Estado por atos omissivos da Administração Pública é objetiva e deve ser analisada conforme o caso concreto.

REFERÊNCIAS

APPIO, Eduardo Fernando. *O controle judicial das políticas públicas no Brasil*. 473 f. Tese (Doutorado em Direito) – Coordenação de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2004.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 20 jan. 2009.

BRASIL. Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/Decreto-Lei/Del2848compilado.htm>>. Acesso em: 20 jan. 2009.

BRASIL. Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/Decreto-Lei/Del3689.htm>>. Acesso em: 20 jan. 2009.

BRASIL. Decreto-Lei n. 4.657, de 4 de setembro de 1942. Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del4657.htm>. Acesso em: 20 jan. 2009.

BRASIL. Lei n. 6.453, de 17 de outubro de 1977. Dispõe sobre a responsabilidade civil por danos nucleares e a responsabilidade criminal por atos relacionados com atividades nucleares e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/Leis/L6453.htm>. Acesso em: 20 jan. 2009.

BRASIL. Lei n. 6.938, de 31 de agosto de 1981. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6938compilada.htm>. Acesso em: 20 jan. 2009.

BRASIL. Lei n. 9.494, de 10 de setembro de 1997. Disciplina a aplicação da tutela antecipada contra a Fazenda Pública, altera a Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/L9494.htm>>. Acesso em: 20 jan. 2009.

BRASIL. Lei n. 9.605, de 12 de fevereiro de 1998. Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9605.htm>. Acesso em: 20 jan. 2009.

BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/leis/2002/L10406.htm>>. Acesso em: 20 jan. 2009.

BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito administrativo e políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2002. 298 p.

CAHALI, Yussef Said. *Responsabilidade civil do Estado*. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. 559 p.

CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 6 ed. São Paulo: Malheiros, 2006. 584 p.

CRETELLA JÚNIOR, José. *Curso de direito administrativo*. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. 658 p.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2002. 727 p.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: responsabilidade civil*. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. 7 v.

FIGUEIREDO, Lucia Valle. *Curso de direito administrativo*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2001. 633 p.

GARCIA, Mônica Nicida. *Responsabilidade do agente público*. Belo Horizonte: Fórum, 2004. 339 p.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade civil*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. 940 p.

MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 11. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. 432 p.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. 831 p.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. 845 p.

NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações: fundamentos do direito das obrigações: introdução à responsabilidade civil*. São Paulo: Saraiva, 2003. 698 p. 1 v.

RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil: parte geral*. 34. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. 354 p. 1 v.

ROSA, Leilane Mendonça Zavarizi da. *Reflexões acerca da responsabilidade civil extracontratual do Estado*. 123 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Coordenação de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 1996.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. 924 p.

VARELLA, Marcelo Dias (Coord). *Responsabilidade e socialização do risco /França. Conselho de Estado*. Tradução de Michels Abes. Brasília: UniCEUB, 2006. 232 p.